This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 196 382

257
3

Pd. Nov. 1895.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 12, 1895.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3447

Verhandlungen

des

Zweiundzwanzigsten

Deutschen Juristentages.

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

Gutachten.

Erster Band.

8.
Berlin.
Commissions-Verlag von J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.
1892.

Digitized by Google

Rec. Mar. 12, 1895.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Seite

I. Gutachten des Herrn Prof. Frhrn. v. Canstein in Graz über die Frage:
Ist die Eideszuschiebung im Civilproceß durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen? 3

II. Gutachten des Herrn Privatdocenten Dr. Georg Kleinfeller zu München über die Frage:
Ist die Eideszuschiebung im Civilproceſſe durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen? 67

III. Gutachten des Herrn Reichsgerichtsrath Stenglein zu Leipzig über die Frage:
Empfiehlt sich die Durchführung des Systems der Schöffengerichte durch die gesammte erstinstanzielle Strafgerichts-Verfassung . . . 108

IV. Gutachten des Herrn Hofrath Dr. Felix Hecht, Bankdirectors in Mannheim über die Frage:
Haben sich die durch die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründungen von Actiengesellschaften bewährt oder empfiehlt sich eine anderweitige Gestaltung derselben? 123

V. Gutachten des Herrn Justizrath M Levy zu Berlin über die Frage:
Haben sich die durch die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründungen bewährt, oder empfiehlt sich eine anderweitige Gestaltung derselben? 196

VI. Gutachten des Herrn Amtsrichter Falkmann zu Liegnitz über die Frage:
Empfiehlt sich eine grundsätzliche Vermehrnng der bestehenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung, etwa in der Richtung einer allgemeinen Competenzwohlthat? 240

VII. Gutachten des Herrn Amtsgerichtsrath Jastrow zu Berlin über die Frage:
Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegen zu wirken? 265

VIII. Gutachten des Herrn Landrichter Dove zu Frankfurt a. M. über die Frage:
Empfiehlt es sich, im Gegensatz zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs den Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge in Bezug auf gewisse Verträge, z. B. die Bürgschaft, einzuschränken? . . . 326

Digitized by Google

Seite

IX. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Gelpcke zu Berlin über die Frage:
Empfiehlt sich die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht? 348

X. Gutachten des Herrn Justizrath Lesse zu Berlin über die Frage:
Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogenannten Bankdepotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten? 386

XI. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Julian Goldschmidt zu Berlin über die Frage:
Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogenannten Bank-Depotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten? 401

XII. Gutachten des Herrn Prof. Dr. Franz Klein zu Wien über die Frage:
Sind die im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches vorgesehenen Arten des Pfandrechtes an Grundstücken einschließlich der Grundschuld beizubehalten? 431

XIII. Gutachten des Herrn Reichsgerichtsrat Loebell zu Leipzig über die Frage:
Sind die im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Arten des Pfandrechts an Grundstücken einschließlich der Grundschuld beizubehalten? 491

XIV. Gutachten des Herrn Professor Dr. E. Ullmann zu München über die Frage:
Welches Verfahren würde sich, wenn die Gesetzgebung unschuldig Verurteilten einen Entschädigungsanspruch zuerkennt, für die Geltendmachung desselben empfehlen? 529

Digitized by Google

Gutachten.

(Erster Band.)

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Gutachten des Herrn Prof. Frhrn. v. Canstein in Graz

über die Frage:

Ist die Eideszuschiebung im Civilproceß durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen?

---

1. Einleitung.

Bekanntlich hat der Achte Deutsche Juristentag diese Frage mit 16 gegen 13 Stimmen verneint. Ebenso hat sich die Norddeutsche Proceßcommission und die Deutsche Civilproceßordnung auf Grund und mit Berufung der Gutachten Schmitt's, Osterloh's und Wachs'[1]) für die Verneinung dieser Frage entschieden, obwohl schon damals Glaser, Bar, Harrasowsky, Gaupp, Lippmann[2]) u. A. mit Wärme und Energie dafür eintraten, daß an Stelle der Eideszuschiebung die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien eingeführt werden möge. Seither hat sich die Zahl der Gegner der Eideszuschiebung bedeutend vermehrt.[3]) Und ich fürchte, daß angesichts der diesfälligen

---

[1]) Schmitt, Verhandlungen des Achten Deutschen Juristentages I. S. 39 ff., Osterloh, Gutachten über den nordd. Entw. S. 117, Wach, Krit. Vierteljschr. 14 S. 365 ff.

[2]) Glaser, Beiträge zur Reform des österr. Civilprocesses 2. Aufl. 1883 S. 109 ff., 136 ff., Bar, Recht und Beweis im Civilpr. S. 149 ff., Harrasowsky, Parteienvernehmung und Parteieneid S. 36 ff., 358 ff., Gaupp, Verhandlungen des Neunten Deutschen Juristentag I. S. 260, Lippmann, Der normirte Eid 1874.

[3]) Demelius, Schiedseid und Beweiseid 1887, Kleinfeller, Thatsacheneid 1891, Leonhard, Eideszuschiebung in Familienprocessen 1890, Schneider, Richterl. Ermittelung und Feststellung des Sachverhaltes im Civilpr. 1888 S. 80 ff., 172 ff.

Digitized by Google

Strömung der Zeit Gefahr vorhanden sei, daß das Kind mit dem Bade ausgeschüttet werde. Praktiker und Theoretiker rufen nach Abschaffung der Eideszuschiebung; fast scheint es, daß es ein gewagtes Unternehmen sei, für die Beibehaltung des Schiedseides — wenn auch in zu reformirender Form, und unter gleichzeitiger Zulassung der zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien — die Lanze zu brechen. Demelius fordert Beseitigung der Eideszuschiebung und Einführung des Beweiseides ohne bindende Parteidelation, ohne Eideszwang und ohne Relationsmöglichkeit. Kleinfeller und Leonhard fordern gänzliche Beseitigung des normirten Eides und ausschließliche Zulassung der zeugeneidlichen Vernehmung; Schneider will überhaupt keinen Eid der Partei zulassen, weder den normirten, noch den Zeugeneid, sondern fordert bloß die Einführung der „Instruktionsmaxime", welche den Richter zur „Erforschung" der Wahrheit ermächtigt. Fierich will wieder wesentlich nur für den Glaubenseid des Delaten die zeugeneidliche Vernehmung eingeführt wissen. Bähr dagegen plädirt für die Beibehaltung des Schiedseides und für den Ausschluß der eidlichen Parteienvernehmung, welche er als ein klägliches Surrogat des Parteieneides erklärt.

Ich habe vor sechs Jahren in einem in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrage dafür plädirt, daß der Schiedseid insoweit beibehalten werde, als es sich um die Pflicht der Parteien handelt, auf Begehren des Gegners eine Behauptung oder Verneinung durch Eid zu bekräftigen, und daß nur insoferne die zeugeneidliche Vernehmung neben dem Schiedseide eingeführt werden soll, als jeder der beiden Parteien — und namentlich auch dem Delaten — das Recht gewährt wird, das eigene Zeugniß unter Eid und Wahrheitspflicht anzubieten.

Leider kann ich zur Unterstützung meiner Ansicht nicht Thatsachen anführen, da die Erfolge der zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien in England, Nordamerika und Oesterreich nicht statistisch gesammelt und dargethan sind. Auch kann ich eigentlich kein sonstiges neues Material vorbringen, da unsere Frage bereits von allen Seiten historisch, rechtsvergleichend und dogmatisch untersucht und eingehend besprochen worden ist. Nichtsdestoweniger glaube ich, daß durch eine entsprechende Trennung und Würdigung der einzelnen in Betracht kommenden Fragen und durch eine von theoretischen und praktischen Gesichtspunkten geleitete Untersuchung, sowie durch geeignete Reformvorschläge

Vgl. dagegen Bähr, Jahrb. f. Dogmat. 25. Bd. S. 402, Fierich, in Grünhut's Ztschr. 16 Bd. S. 71 ff., Canstein, Die eidliche Parteienvernehmung und der Schiedseid 1886, auch in Jurist. Blätter 1886 Nr. 7 ff.

Digitized by Google

bezüglich des Schiedseides unsere neuerlich aufgeworfene Frage auf Grund des reichlich vorhandenen Materials spruchreif gemacht werden kann. Hierbei bemerke ich aber im Voraus, daß selbst, wenn meine Reformvorschläge bezüglich des Schiedseides abgelehnt werden sollten, ich doch für die Beibehaltung des Schiedseides neben der Zulassung der freiwillig angebotenen zeugeneidlichen Vernehmung das Wort gesprochen haben will, und daß ich für den Zwang zur zeugeneidlichen Aussage wie überhaupt nicht, so auch nicht bezüglich des Delaten — um dessen Glaubenseid entbehrlich zu machen — mich erwärmen kann.

Reformvorschläge sind immer sehr gefährlich; deshalb bemerke ich im Voraus, daß ich sachlichen Einwendungen gewiß mit Vergnügen nachgeben werde, wenn ich die Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit meiner Reformvorschläge erlange. Vorläufig mache ich dieselben nach meinem besten Wissen und Gewissen, ohne jedoch mir einzubilden, daß sie die besten sind. Kritisiren und Niederreißen ist leicht, Verbessern und Neuaufbauen schwieriger.

2. Der Beweiseid.

Ehe ich an die Beantwortung der Eingangs gestellten Frage herantrete, muß ich — statt eine historische Einleitung zu geben — mich mit jener hervorragenden Arbeit unseres leider zu früh der Wissenschaft entrissenen Romanisten Demelius, des gründlichen Forschers im Gebiete des römischen Civilprocesses auseinandersetzen, welche so viel Licht über den Eid im römischen Processe gebracht hat. Demelius hat in seiner bahnbrechenden Schrift Schiedseid und Beweiseid 1887 dargethan, daß das mit Eideszwang ausgestattete jus jurandum necessarium über den Klageanspruch nicht ein allgemeines Mittel der Beendigung von Rechtsstreitigkeiten war, sondern bloß eine exceptionelle Anwendung fand. Er bewies uns auch, daß das jus jurandum voluntarium, welches des Eideszwanges entbehrte, nicht bloß ein außergerichtliches, sondern auch ein gerichtliches Mittel zur Erledigung von Streitigkeiten bildete, und daß bloß für diesen Eid der Satz galt, daß er ein Dispositionsact sei, welcher speciem transactionis continet. Im justinianischen Processe bestand statt dieser Eide die Eideszuschiebung über Thatsachen mit dem Eideszwange und mit dem Rechte des Delaten zur Rückschiebung des Eides. Für das classische römische Recht zur Zeit des Formularprocesses leugnet aber Demelius den Bestand des Schiedseides über Thatsachen und behauptet, daß in dieser Zeit in judicio neben dem allenfalls freigestellten jus jurandum voluntarium über Thatsachen, bloß ein Beweiseid bestand, welchen zwar jede Partei selbst

Digitized by Google

anbieten oder vom Gegner fordern konnte, welcher aber stets vom Richter erst zugelassen werden mußte, und daß der Richter hierbei freie Hand hatte, ob und von welcher Partei er den Eid fordern wollte. Diesen Beweiseid ohne Eideszwang und ohne Relationsmöglichkeit fordert nun Demelius statt der Eideszuschiebung und statt der eidlichen Vernehmung der Parteien auch im modernen Civilprocesse.

Für uns ist nun vor Allem der Beweiseid von Interesse, welchen übrigens schon Endemann[4]) für den modernen Proceß forderte: ein Eid, der nach der Ansicht Demelius' verschieden sein soll von dem richterlichen „Notheide", welcher in § 437 C.P.O. seine Aufnahme fand.

Demelius stützt seine Ansicht, daß es im classischen römischen Recht keinen Eideszwang gab, und daß bezüglich der Zulässigkeit des j. j. in judicio, und bezüglich der Wirkung der Delation, Recusation und Relation, alles auf freies richterliches Ermessen gestellt war, abgesehen von der hiefür nichts beweisenden und auch von Demelius nicht zum Beweise herangezogenen Stelle l. 31. h. t., „solent enim saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit", welche wir füglich übergehen können, auf Quintilian, der Inst. orat V. 6. p. 219 ed. Halm (Demelius S. 97) sagt:

Jus jurandum litigatores aut offerunt suum, aut non recipiunt oblatum, aut ab adversario exigunt, aut recusant cum ab ipsis exigatur.

Demelius hält nun diese vier Eventualitäten nicht auseinander, sondern legt das Hauptgewicht darauf, daß diese Stelle vom referre Nichts erwähnt, und schließt daraus direct, ohne weitere Beweisgründe, daß das j. j. in judicio lediglich ein Mittel war, welches auf die Ueberzeugung des Richters gewirkt hat.

Quintilian fährt aber fort:

offere suum sine ulla conditione, ut vel adversarius juret, fere improbum est.

Hieraus ist ersichtlich, daß die Eidesdelation nach Quintilian zugleich eine Anbietung — offerre — des eigenen Eides des Deferenten enthält. Und wenn nun der Delat den deferirten Eid nicht wegen ignorantia recusiren kann, so muß er ihn leisten oder das vom Deferenten offerirte jus jurandum des Deferenten recipere, widrigens gegen ihn mit der Execution vorgegangen wird: ab adversario exigunt. Worin diese Execution bestand, sagt Quintilian nicht ausdrücklich. Ein directer Zwang zur Leistung des aufgetragenen Eides, im Falle sie verweigert

[4]) Endemann, Arch. f. civ. Praxis 42. Bd. S. 349 ff., 360 ff., 370 ff.

Digitized by Google

wurde, bestand nicht. Deshalb konnte der Zwang nur darin bestehen, daß der Delat der weder den ihm deferirten Eid recusiren konnte, noch den vom Deferenten offerirten Eid des Deferenten recipere, also das jus jurandum nicht zurückschieben wollte, als judex in propria causa selbst gegen sich entschieden hat, da er durch die Verweigerung des Eides feststellte, daß seine Negirung der gegnerischen Behauptung nicht der Wahrheit entspreche.

Dies ersehen wir aus den Worten Quintilian's:

at is qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat.

Denn wollte der Delat seine Negation als der Wahrheit entsprechend feststellen, und damit die Unwahrheit der gegnerischen Behauptung documentiren, so mußte er den deferirten Eid schwören, wenn er nicht im Stande war, die Recusation des deferirten eigenen oder die Nonreceptio des offerirten gegnerischen Eides zu rechtfertigen.

Wurde aber der Eid vom Delaten oder Deferenten geleistet, so hat sich der Richter an diesen Eid gehalten, wie l. 31 D. 12, 2 bestätigt und auch Quintilian ausdrücklich bezeugt:

et eum, cuius cognitio est, onere liberat, qui profecto alieno jure-jurando stari, quam suo mavult.

Da nun die Eidesdelation, wie Quintilian bezeugt, dem Richter als eine Erleichterung seines Gewissens erschien, weil er das falsche Urtheil nicht auf sein Gewissen zu nehmen brauchte, wenn der Schwörende ihm diese Last des Richteramtes abnahm, so ist es leicht erklärlich, daß der Richter die recusatio des deferirten Eides des Delaten und die Nonreceptio des offerirten Eides des Deferenten von Seiten des Delaten nur dann gelten ließ, wenn der Delat dafür besondere Rechtfertigungsgründe beibrachte. Dies bestätigt auch Quintilian mit den Worten:

quo dificilior recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit notam ipsi non esse.

Konnte aber der Delat den deferirten Eid nicht wegen Ignoranz recusiren, so mußte er ihn referiren, d. h. er mußte den vom Deferenten angebotenen Eid des Deferenten recipere.

Daß Quintilian unter dem recipere oblatum eben das referre versteht, welches er freilich nicht mit dem juristischen terminus technicus bezeichnet, geht aber daraus hervor, was er bezüglich der Rechtfertigung des non recipere, also bezüglich der Verweigerung der Relation sagt:

qui non recipiet et iniquam conditionem (scil. ut vel adversarius juret) et a multis contemni juris jurandi metum dicet, cum etiam philosophi quidam sunt reperti, qui deos agere curam rerum

Digitized by Google

humanarum negarent: eum vero, qui nullo deferente jurare sit paratus, et ipsum velle de causa sua pronuntiare et quam id, quod offert, lene ac facile credat, ostendere.

Wer also den offerirten Eid des Deferenten nicht annehmen will, der muß sich damit rechtfertigen können, daß das Anerbieten des Deferenten, mit der conditio, ohne welche das offere suum jus jurandum fere improbum est, d. i. mit der conditio ut vel adversarius juret, ein im concreten Falle unbilliges sei: und diesfalls kann er namentlich geltend machen, daß der Deferent ein Atheist oder ein leichtfertiger Mensch sei, der leicht einen Eid darüber schwört, was er gerne glaubt; daß es aber nicht angehe, daß er zu diesem Eide ohne Delation des Delaten, also ohne Relation (nullo deferente) zugelassen werde. Mußte aber das non recipere des jus jurandum oblatum des Deferenten und die Verweigerung der Relation, d. i. der Delation des Delaten an den Deferenten erst gerechtfertigt werden, sofern der Delat nicht — wegen Ignoranz — zur Recusation berechtigt war, so mußte offenbar, wenn weder die Recusation des Delateneides noch die Nonreceptio des offerirten Deferenteneides gerechtfertigt war, der Delat den Eid entweder selbst schwören, oder den offerirten Deferenteneid recipere; also den deferirten Eid referre: widrigens er als judex in propria causa den Streit über die Wahrheit einer Thatsache zu seinen Ungunsten entschied, also feststellte, daß seine — des Delaten — Behauptung (seine Negation) nicht der Wahrheit entspreche und deshalb die Behauptung des Deferenten wahr sei.

Dies war also das Mittel, durch welches der Deferent das jus jurandum ab adversario exigere konnte.

Aus der vorstehenden Ausführung ist nun ersichtlich, daß Quintilian unbedingt nicht etwas anderes sagt, als L. 34 § 9 D. 12,2, und daß er als römischer Sachwalter, der mittendrin gestanden in den Proceßverhandlungen seiner Zeit, namentlich nicht — wie Fierich glaubt — griechisches Recht vorträgt, sondern daß dieselbe Sache, d. i. der Rechtssatz der L. 34 § 9 h. t., in einer anderen Redewendung vorgetragen wird. Das ist aber gewiß nichts Auffälliges, daß Quintilian in der Beweislehre seiner Institutio oratoria die Sache mehr vom Standpunkte eines Orators darstellt, und in seinem Raisonnement die Terminologie eines Juristen vermissen läßt, um die Sache seinen Schülern um so deutlicher vortragen zu können.

Können wir doch auch in unserer Eideszuschiebung eine Anbietung des eigenen Eides des Deferenten für den Fall, daß der Delat nicht schwören wollte, erblicken, ohne daß wir dadurch die Sache selbst irgend

Digitized by Google

wie ändern würden. Ja ich glaube mit Glaſer (S. 114), daß es ſogar juriſtiſch richtiger iſt, das Beweismittel des Schiedseides ſo aufzufaſſen, wie dies Quintilian thut. Denn als Beweismittel des Beweispflichtigen erſcheint nicht der Eid des Delaten, ſondern der Eid des Deferenten, zu welchem er ſich mit der Delation des Schiedseides erbietet.

Wird aber die Sache ſo aufgefaßt, ſo iſt es richtiger, von einem recipere und non recipere des offerirten Deferenteneides als von einem referre und non referre des deferirten Eides zu ſprechen, und ebenſo iſt es dann zuläſſig, in der Annahme des offerirten Eides zugleich eine Delation des Eides von Seiten des Delaten zu finden.

Wenn wir nun zu der Erkenntniß gekommen ſind, was Quintilian unter dem non recipere des jus jurandum (des Deferenten) cum illa conditione ut vel adversarius juret, verſtanden habe, ſo werden wir auch zur Erkenntniß kommen, daß L. 34 § 9. D. 12,2 nicht interpolirt iſt. Sie lautet:

Cum res in jus jurandum demissa est, judex jurantem absolvit, referentem audiet, et si actor juret, condemnet reum; nolentem jurare reum si solvat, absolvit, non solventem condemnet; ex relatione non jurante actore, absolvit reum.

Dieſe ganze Stelle iſt nur für den judex geſchrieben, und daß ſie ſo ſchon zur Zeit des Formularproceſſes lautete, erhellt am klarſten daraus, daß ja drei Paragraphen vorher an derſelben Stelle, derſelbe Juriſt Ulpian, für das Verfahren in jure die Beſtimmung angeführt hat, welche dort galt: § 6. Ait praetor: eum, a quo jus jurandum petetur solvere aut jurare cogam: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut juret: si non jurat, solvere cogendus erit a praetore. § 7. Datur autem et alia facultas reo, ut si malit, referat jus jurandum: et si is qui petet conditione juris jurandi non utetur, judicium ei praetor non dabit. Wenn nun dieſe Stelle alle Eventualitäten in jure beſpricht, ſo konnte doch der darauf folgende § 9 nicht nochmals dasſelbe für das Verfahren in jure vorbringen, zumal die ganze Stelle des § 9 unbedingt nicht für dieſes Verfahren paßt und ſich nur auf das Verfahren in judicio beziehen kann.

Auch der Umſtand, daß die Eideszuſchiebung im juſtinianiſchen Rechte bereits vollſtändig mit dem Eides- oder Relationszwange und mit bindender Kraft für den Richter entwickelt iſt, beweiſt, daß ſie ſchon früher im claſſiſchen römiſchen Rechte beſtanden haben muß. Denn aus dem Rechtseide in jure hätte ſich nicht ſofort mit einem Male der Thatſacheneid unter Verdrängung des in judicio angeblich üblichen Beweiseides entwickeln können.

Digitized by Google

Nachdem ich nun bewiesen zu haben glaube, daß dem römischen Rechte ein von den Parteien angebotener und bezw. geforderter Beweiseid in dem Sinne, wie ihn Demelius annimmt, ohne Eideszwang, ohne Relation und ohne bindende Kraft für den Richter — als reines Beweismittel, welches in seiner Anwendung lediglich vom freien richterlichen Ermessen abhängig war, unbekannt gewesen sei, will ich bezüglich des Eidesrechtes der D. C.P.O. bloß die Bemerkung machen, daß angesichts des Eides des § 437 C.P.O. ein solcher Beweiseid keine Berechtigung hätte. In § 437 C.P.O. finde ich nämlich einen solchen Beweiseid, soweit er neben der Delation des Schiedseides Berechtigung hat, vollständig anerkannt. Es kann nämlich der Richter von Amtswegen oder auf Antrag des sich zu diesem Eide Erbietenden nicht bloß dann, wenn eine etwaige Beweisführung für die Ueberzeugung des Richters nicht ausreicht, sondern auch dann, wenn das Ergebniß der bloßen Verhandlung der Parteien — ohne Beweisaufnahme — die Ueberzeugung des Gerichtes von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsachen nicht begründet hat, die Beschwörung der Wahrheit des Beweisthemas durch den Beweispflichtigen oder die Beschwörung der Unwahrheit des Beweisthemas durch den Gegner anordnen, wenn nach seinem Ermessen dieser Eid hinreicht, um ihm die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Beweisthemas vollständig zu verschaffen.

Daß aber dieser Eid die Eideszuschiebung ersetzen könnte, muß ich auf das Lebhafteste bestreiten. Denn dieser reine Beweiseid kann nur jene Beweiskraft beanspruchen, die ihm an sich zukommt. Und daß diese Beweiskraft regelmäßig und grundsätzlich eine volle, den Richter vollständig überzeugende wäre, muß entschieden geleugnet werden. Es kann wohl, wenn andere Umstände hinzutreten, ausnahmsweise auf Grund eines solchen Eides sich die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit des Beweisthemas — und um diese handelt es sich hauptsächlich, solange der Satz gilt, actore non probante reus absolvitur —, einstellen, aber dies kann eben nur die Ausnahme bilden. Selbst dann, wenn dem Richter und den Parteien Gelegenheit gegeben wird, an diejenige Partei, die unter Eid ein Zeugniß ablegt, Fragen zu stellen, wird sich die Ueberzeugung des Richters auf Grund dieses Einen Zeugnisses eines höchst bedenklichen Zeugen nicht immer einstellen; um wie viel weniger kann aber darauf gerechnet werden, wenn die Partei, ohne sich auf die Glaubwürdigkeit ihrer Person und ihrer Aussage hin — unter Wahrheitspflicht — prüfen zu lassen, bloß das Beweisthema durch den Eid erhärtet.

Digitized by Google

Zu dem kommt, daß die Rechtssicherheit auch eines Parteieneides bedarf, welcher kraft gesetzlicher Vorschrift, ähnlich wie eine Urkunde, vollen Beweis liefern muß. Freilich kann ein solcher Eid durch Uebereinkunft der Parteien, als jus jurandum conventionale stets geschaffen werden (§§ 415, 426 C.P.O.); aber dies genügt nicht. Es muß der Partei — wenn man nicht nach französischem Muster durch den Urkundenzwang den Verkehr lähmen, und für jene Fälle, wo Urkunden nicht errichtet werden konnten, das gute Recht ersterben lassen will — ein Mittel in die Hand gegeben werden, auch einseitig ein derartiges formelles Beweismittel mit voller Beweiskraft zu schaffen, und dies ist nur der Schiedseid mit Eideszwang.

Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob sich der Eideszwang rechtfertigen lasse, und ob wir heute den Eideszwang einführen würden, wenn wir ihn nicht von den Römern übernommen, und uns heute schon an diesen Zwang gewöhnt hätten. Diesfalls ist aber zu bedenken, daß dieser Zwang bereits so sehr in unser Rechtsbewußtsein als etwas Nothwendiges und Selbstverständliches aufgenommen ist, daß wir ihn nur schwer missen könnten. Zudem kommt aber, daß der bestehende Eideszwang nicht so böse ist, als es auf den ersten Blick aussieht. Es scheint uns nämlich, daß der Delat zu einem Zeugnisse über das Beweisthema gezwungen werde, und dieser Zeugnißzwang scheint uns angesichts dessen, daß andere Personen wegen des ihnen drohenden unmittelbaren Schadens sich des Zeugnisses entschlagen können, als eine ungerechtfertigte Härte. Wir werden aber im Folgenden bei Besprechung des Eides des Delaten sehen, daß dem nicht so sei, und daß der Delat namentlich nicht zu einem Zeugnisse über das Beweisthema, sondern bloß — ähnlich wie beim Calumnieneide — zur Beschwörung seiner bona fides oder aber zur Beschwörung seiner Ignoranz angehalten werde. Durch diesen Zwang erhalten wir aber ein Moment, welches es rechtfertigt, daß dem Eide des Beweispflichtigen über die Wahrheit des Beweisthemas unbedingt volle Beweiskraft geschenkt und so ein Wahrheitsfeststellungsmittel geschaffen wird, welches einen bestimmten Beweiseffect hat, und den Parteien und Parteienvertretern im Voraus die Gewißheit giebt, ob ein Proceß gewonnen werden wird oder nicht, so daß dieser Eid an Werth einer vollbeweisenden Urkunde gleichkommt.

Nachdem ich nun bewiesen zu haben glaube, daß im classischen röm. Rechte ebenso wie im justinianischen Rechte die Eideszuschiebung bestand, und nicht durch einen reinen Beweiseid ersetzt wurde, und daß ein solcher reiner Beweiseid keinen entsprechenden Ersatz für unsere Eideszuschiebung und für die eidliche Vernehmung der Parteien als Zeugen

Digitized by Google

abgeben könnte, schreite ich zur Abgabe des Gutachtens über die Eingangs aufgeworfene Frage.

3. Reformvorschläge.

Der an die Spitze dieses Gutachtens gestellten Frage: „Ist die Eideszuschiebung im Civilproceß durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen?“ stelle ich die Frage gegenüber: Warum soll, wenn uns ein neues Mittel zur Wahrheitsfeststellung im Civilprozesse an die Hand gegeben wird, ein bisher — wenigstens theilweise — als brauchbar bewährtes Mittel der Wahrheitsfeststellung über Bord geworfen werden, wenn sich beide neben einander ganz gut verwerthen lassen? Sollen wir nicht lieber womöglich die Mittel der Wahrheitsfeststellung vermehren, anstatt bei Einführung eines neuen derartigen Mittels ein damit verträgliches Mittel dadurch ersetzen zu lassen? Warum sollen wir den Schiedseid, der bei einiger Reform ein höchst brauchbares Mittel der Wahrheitsfeststellung im Civilprocesse sein würde, gegen ein — wie Bähr (S. 405) sagt — klägliches Surrogat eintauschen, wenn wir für jene Fälle in denen der Parteieneid sich weniger bewährt hat, in der Parteienvernehmung ein neues Wahrheitsfeststellungsmittel hinzuerwerben können, welches sich in diesen Fällen ganz vorzüglich bewähren wird?

Eideszuschiebung und Parteienvernehmung sind nicht zwei Institute die sich gegenseitig ausschließen, sondern im Gegentheil, Institute, die sich gegenseitig ergänzen. Jedes derselben hat seine Vor- und Nachtheile, und die Sache liegt glücklicher Weise so, daß gerade die Schattenseiten des einen Institutes mit den Lichtseiten des anderen zusammenfallen, und daher das eine Institut dort gute Dienste leistet, wo das andere unbrauchbar ist. Wir kennen unsere Eidesnoth zur Genüge, und sie ist es eben, welche der Parteienvernehmung den Weg ebnet; wir müssen aber andererseits anerkennen, daß die Eideszuschiebung viele Vortheile bietet, die dann gegen die Parteienvernehmung zu Felde geführt werden.

In beiden Fällen handelt es sich um das Parteizeugniß, beim Schiedseide um ein formulirtes und bei der Parteienvernehmung um ein zu erfragendes. Soweit es sich nun um die Verpflichtung einer Partei handelt, auf Antrag des Gegners Zeugniß abzulegen, dort ist m. E. die Eideszuschiebung das entsprechende Mittel der Wahrheitsfeststellung, weil dort die erzwungene Beantwortung von Fragen als ein Inquisitionsmittel erscheint; soweit es sich aber um das Recht einer Partei handelt, ihr eigenes Zeugniß anzubieten, da ist, wie ich

Digitized by Google

glaube, die Vernehmung der Partei als Zeuge das geeigneteste Mittel der Wahrheitsfeststellung, weil hier die Wahrheit des Beweisthemas nach den Grundsätzen des Prinzips der materiellen Wahrheit und der freien Beweiswürdigung geprüft und festgestellt werden soll.

Der Civilproceß ist — um ein Bild Wach's[5]) zu verwerthen — ein Königreich mit zwei Gebieten. In dem einen Gebiete herrscht formelle, in dem anderen materielle Wahrheit. Auf welchem Gebiete der Rechtsstreit ganz oder theilweise auszukämpfen ist, bestimmen die Parteien. Und wäre das Gebiet der materiellen Wahrheit in dem einzelnen concreten Prozesse ein noch so kleines, ja gleich Null, so ist es im Civilproceß in abstracto ein Gebiet von ganz ansehnlichem Umfange, gegen welches das Gebiet der formellen Wahrheit deshalb als Ausnahme erscheint, weil die materielle Wahrheit immer anzustreben ist, wenn der Richter nicht im concreten Falle auf Grund der formellen Wahrheit zu entscheiden gebunden ist.

Formelle Wahrheit entscheidet, wenn eine Thatsache nicht, oder deshalb nicht wirksam geleugnet ist, weil der Leugnende seine Eides- (§§ 417, 426 u. 429 Abs. 2 C.P.O.) oder Editionspflicht (§ 392 C.P.O.) nicht erfüllt hat, ferner wenn eine Thatsache gestanden (§ 261 C.P.O.) oder in Folge der Delation oder Relation und Leistung des Schiedseides als wahr zu behandeln ist (§ 428 C.P.O.), weiter wenn ein Factum durch eine öffentliche Urkunde (§ 380 C.P.O.) bewiesen, oder auf Grund eines gesetzlich bestimmten Indizes vom Gesetz rechtlich vermuthet[6]) wird (§ 16 Z. 1 E.G. z. C.P.O.). In diesen Fällen hat der Richter die betreffenden Thatsachen als wahr zu behandeln. Als

---

[5]) Wach, Arch f. civ. Praxis, 64. Bd. S. 204 Note 3 bemerkt gegen meinen Satz in der Ztschr. f. C.P. 2 S. 252 ff., daß im Civilproceß, soweit nicht unbedingt formelle Wahrheit gelten muß, die materielle Wahrheit zu erstreben sei: Die Ausnahmen des Canstein'schen Wahrheitsprincips heben das Princip auf. Welch' ein Princip, dessen Herrschaft in keinem Processe gesichert ist! Es ist ein König ohne Krone.

[6]) Vgl. dagegen Schneider, S. 86 Nr. 14, der die Rechtsvermuthungen mit den Fictionen so gut wie identificirt. Da trifft ihn aber der Spott Bülow's, Arch. f. civ. Praxis 64 S. 31 N. 19 zu Ende. Weil jedoch der Spott für die Sache nichts beweist, und mir die Sache viel zu heilig ist, als daß ich meine Ansicht mit Spott beweisen wollte, so frage ich nur: Soll wirklich, wenn z. B. § 1427 öst. A.B.G.B. bestimmt „Eine Quittung über das bezahlte Capital gründet die Vermuthung, daß auch die Zinsen bezahlt seien" mit dieser Rechtsvermuthung gesagt sein, daß die Quittirung über die Capitalsschuld die rechtliche Wirkung der Zahlung der Zinsen habe? Unger II S. 580 sagt treffend: Ein Gesetz, welches eine Rechtsvermuthung aufstellt, schreibt dem Richter vor, eine Behauptung für wahr anzunehmen, sobald eine bestimmte andere Behauptung erwiesen ist.

Digitized by Google

unwahr hat er aber eine Thatsache zu erklären, wenn der Beweispflichtige trotz des gegnerischen Widerspruchs seine Beweispflicht nicht erfüllt.

Abgesehen von gesetzlichen Normen, welche den Richter zur Wahr- oder Unwahrerklärung zwingen, sind es wesentlich Dispositionen der Parteien: das Nichtbestreiten, das dispositive Geständniß und die Delation und Relation des Schiedseides, welche das Gebiet der formellen Wahrheit bilden.

Soweit aber keine bindende Norm und keine derartigen Parteidispositionen vorhanden sind, soll der Richter im Civilproceß die materielle Wahrheit erstreben. Wenn also eine bestrittene Thatsache nicht durch öffentliche Urkunden oder durch den Schiedseid bewiesen wird und für sie auch keine Rechtsvermuthung spricht, so hat der Richter die materielle Wahrheit zu erstreben, und wenn er sie nicht feststellen kann, zu entscheiden: actore non probante reus absolvitur. Wird also eine bestrittene Thatsache durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige, oder durch Urkunden, welche weder Geständniß- noch öffentliche Urkunden sind, oder aber durch solche Indicien bewiesen, welche nicht auf Grund einer Rechtsvermuthung als vollbeweisend zu behandeln sind, so hat der Richter die materielle Wahrheit anzustreben. Dies auch dann, wenn er schließlich auf einen richterlichen Eid erkennt, indem er vor Zulassung desselben zu überlegen hat, ob hierdurch die Wahrheit festgestellt wird. Namentlich wäre auch bei der zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien die materielle Wahrheit zu erstreben. Dies Gebiet des Princips der materiellen Wahrheit im Civilprocesse ist meines Erachtens ansehnlich genug, um sich über den Spott hinwegzusetzen, daß es ein König ohne Krone sei. Selbst eine Autorität wie Wach kann diesem König die Krone nicht nehmen.

Wo eben zwei Kräfte mit verschiedenen Angriffspunkten und verschiedener Richtung nothwendig sind, um eine Maschine in Bewegung zu setzen und das Resultat zu erlangen, welches nothwendig ist, um das Product zu erhalten, welches die Maschine erzeugen soll, dort muß man diese zwei Kräfte derart reguliren, daß das Product nicht Schaden leide. Und der Civilproceß als Rechtsverwirklichungsmaschine muß deshalb, soll ein gerechtes Urtheil producirt werden, diese zwei Kräfte mit verschiedenen Angriffspunkten und mit verschiedener Richtung: das Streben nach materieller Wahrheit, und das Streben, die Disposition der privatrechtlich Berechtigten über das ihnen zu Gebote stehende That- und Beweismaterial anzuerkennen und wirken zu lassen, derart reguliren und in das richtige Verhältniß bringen, daß das Produkt dieser Kräfte den

Digitized by Google

Erwartungen entspreche, welche an dasselbe gestellt werden. Nicht die materielle Wahrheit allein, aber auch nicht bloß die Disposition der Parteien — da die letztere oft fehlt oder unwirksam ist — kann daher die allein wirkende Kraft im Civilprocesse sein: zunächst entscheidet (neben gesetzlichen Normen) die Disposition der hierzu berechtigten Partei, wo aber diese nicht wirkt, dort muß materielle Wahrheit erstrebt werden.

So sehr ich nun glaube, daß im Civilprocesse — soweit nicht die Dispositionsmaxime im Wege steht — die materielle Wahrheit zu erstreben ist, so sehr muß ich mich in Opposition stellen gegen jene Richtung,[7]) welche im Civilprozesse unbedingt — ohne Rücksicht auf die Dispositionsmaxime — die „Erforschung" der materiellen Wahrheit anstrebt.

Wie der Staat sich nicht zur Aufgabe machen kann, den Berechtigten wider ihren Willen Privatrechte aufzuzwingen und ohne ihren Antrag zuzusprechen, so kann er auch nicht dem Richter das Recht geben, Thatsachen und Beweismittel auszuforschen und aufzudecken, deren Untersuchung der Berechtigte nicht will, weil er lieber sich der Abweisung seines Anspruchs wegen unzulänglicher Substantiirung oder Nichterfüllung der Beweispflicht aussetzen, als die Thatsachen, die er verschwiegen hat, an die Oeffentlichkeit hervorgezogen sehen will. Wie die Disposition der Parteien bezüglich der verzichtbaren Privatrechts-Ansprüche zu respectiren ist, so ist auch ihre Disposition über die ihnen zur Verfügung stehenden Thatsachen und Beweismittel zu beachten. Bringt eine Partei zu wenig vor, so ist sie, wenn sie trotz der Aufforderung des Richters ihr Vorbringen zu ergänzen (§ 130 d. C.P.O), die Ergänzung unterläßt, mit ihrem Anspruche abzuweisen, genügt aber das Vorgebrachte, so hat der Richter auf Grund desselben seine Entscheidnng zu fällen, ohne weiter zu „inquiriren".

Sache des Gegners — nicht des Richters — ist es, die vom Beweispflichtigen vorgebrachten Thatsachen zu bestreiten und Thatsachen vorzuführen und eventuell zu beweisen, welche den geltend gemachten Anspruch als unbegründet oder als nicht bestehend erscheinen lassen. Der Staat hat kein Interesse daran, solche Thatsachen durch Inquisition auszuforschen, wenn dies der Gegner unterläßt. Und der Gegner hat nicht das Recht, vom Staate zu fordern, daß anstatt

[7]) Klein, Pro futuro 1891 S. 10 ff., Menger, Das bürgerl. Recht u. die besitzlosen Volksklassen 1890 S. 19 ff., Schneider, Richterl. Ermittelung u. Feststellung des Sachverhaltes im C.P. 1888. Kohler, Proceß als Rechtsverhältniß 1888 S. 18 ff. Franckel, Grünhuts Ztsch. 19. Bd.

Digitized by Google

seiner der Richter das Sachverhältniß, welches die Grundlage von Privatrechten bildet, von Amtswegen erforsche, in das Familien- und Privatleben der Parteien inquirirend eingreife und vielleicht gar durch polizeiliche Erkundigungen nach Thatsachen forsche, die für die Entscheidung von Belang sein könnten. Das Princip der freien Verhandlung der Parteien ist nicht ein in den Civilproceß hineingetragener Schulbegriff, sondern ein aus demselben entsprungener, dem Wesen des Proceßgegenstandes entsprechender Grundsatz, ohne welchen der Civilproceß ebensowenig bestehen kann, wie ohne den Grundsatz des beiderseitigen Gehörs und ohne das Rechtsverwirkungsprincip.

Wenn Menger zum Schutze der besitzlosen Classen die Inquisition und Erforschung von Privat- und Familienverhältnissen — die doch sonst den Schutz genießen, daß sie nicht vor die Oeffentlichkeit gezerrt werden sollen — für nothwendig erachtet, so muß er zum mindesten (was er bloß als Uebergangsstadium empfiehlt) ein vom Erkenntnißgerichte verschiedenes — etwa dem Untersuchungsrichter ähnliches — Organ, ein Amt zur Vertretung und Rechtsbelehrung besitzloser Personen fordern, welchem es zufiele, die Information für den Civilproceß ähnlich — und zwar nicht coram publico — zu besorgen, wie dies sonst der Anwalt der den „besitzenden Classen" angehörigen Partei im Anwalts-Civilprocesse thut, und wie dies im Strafprocesse — freilich in anderem Maße — der Untersuchungsrichter zu thun hat. (Vgl. Franckel a. a. O.)

Den Erkenntnißrichter zum Inquisitor zu machen, hieße die im Strafprocesse überwundene Inquisitionsmaxime im Civilprocesse einführen.[8])

Darf doch der Untersuchungsrichter (bei Verbrechen) als Mitglied des Erkenntnißgerichts bei der Entscheidung (bei der Hauptverhandlung) nicht witwirken, widrigenfalls das Urtheil nichtig ist, und darf doch auch der Anwalt der einen Partei der anderen Partei nicht beistehen, widrigenfalls er sich eines Verbrechens schuldig macht! Wie will man es im Civilproceß rechtfertigen, daß der Erkenntnißrichter den Untersuchungsrichter und den Anwalt beider Parteien macht?

---

[8]) Wenn Wach, Arch. f. c. Prax. 64, S. 203 N. 1 — namentlich angesichts des vielangefochtenen Ausnahmssatzes des § 254 öst. St.P.O. (vgl. dagegen § 245 d. St.P.O.) — behauptet, daß im Strafprocesse die Inquisitionsmaxime herrsche, so übersieht er, daß der Erkenntnißrichter grundsätzlich nicht inquiriren soll, und daß für die Untersuchung ein besonderer Untersuchungsrichter zu bestellen ist, damit der Erkenntnißrichter nicht, wie der Inquirent, in Versuchung komme, die Ueberführung des Beschuldigten bezw. Angeklagten als sein Ziel, als eine durch Scharfsinn zu lösende Aufgabe aufzufassen.

Digitized by Google

Der Inquirent ist in der Regel ebenso einseitig, wie der Anwalt.

Der Inquirent strebt ein bestimmtes Ziel an, und gar häufig besteht dies Ziel darin, festzustellen, daß seine vorgefaßte Meinung richtig sei. Der Inquirent sieht es oft als eine durch besonderen Scharfsinn und durch eine bestimmte Tactik zu lösende Aufgabe an, aus dem Inquirirten und aus den ihm zu Gebote stehenden Beweismitteln auf Grund eines förmlichen strategischen Planes das herauszuinquiriren, was er als das Ziel der Untersuchung ansieht: Ueberweisung des Inquirirten. Es ist wohl richtig, daß im wohlverstandenen Sinne des Gesetzes eine solche Thätigkeit des Inquirirenden — wenigstens solange er Untersuchungs-Richter heißt — als tadelnswerth erscheint, nichts destoweniger schadet aber diese — oft in der natürlichen Anlage des Inquisitors oder in seinem Uebereifer begründete — Tendenz den Inquirirten zu überweisen, der Sache nur dann, wenn der Inquisitor zugleich Erkenntnißrichter ist: denn der beste Untersuchungsrichter ist der schlechteste Erkenntnißrichter.

Ganz ähnlich ist die Sache mit dem Anwalt einer Partei. Dieser denkt sich in die Parteistellung hinein, und sucht — wenn er ein guter Anwalt ist — seinem Clienten so sehr zum Siege zu verhelfen, daß er oft — für das gegnerische Recht blind ist. Dies ist unschädlich, wenn der Gegner durch einen zweiten ebenso eifrigen Anwalt vertreten ist. Ist dies aber nicht der Fall, und soll nun der Anwalt das „unparteiische" Urtheil fällen, so darf es nicht Wunder nehmen, daß er auch als Richter noch auf Seiten seines Clienten steht.

Deshalb muß absolut gefordert werden, daß die Verhandlung gänzlich den Parteien und deren Vertretern überlassen werde und daß der Richter während des Verhandlungsstadiums jeder „Erforschung" des Sachverhaltes sich enthalte. Deshalb bestimmt auch § 130 d. C.P.O., daß der Vorsitzende durch Fragen bloß dahin zu wirken hat, daß ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung (nicht auch Ermittelung) des Sachverhaltes erheblichen Erklärungen abgegeben werden und die Sache erschöpfende Erörterung finde (§ 127 Abs. 3).

Der Richter kann nicht über den Parteien stehen und ein unparteiisches Urtheil über die Wahrheit streitiger Thatsachen fällen, wenn er von seinem Piedestal herabsteigt und sich unter die Streitenden mischt: denn mitstreiten muß er, wenn er Anwalt der einen oder der anderen Partei sein oder aus der Gegenpartei herausinquiriren

Digitized by Google

soll, was zu Gunsten jener Partei spricht, als deren Anwalt er momentan fungirt.

Eine ganz andere Sache ist es aber, wenn der Richter erklärt, der vorgelegte Thatbestand sei nicht hinreichend für die Urtheilsfällung und er bedürfe einer Ergänzung, welche zu liefern den Parteien freigestellt wird, ohne daß der Richter durch seine Inquisition erst — oft ganz irrelevante — Thatsachen und Beweise ausforsche würde. Dies dem Vorsitzenden und mit Bewilligung desselben den übrigen Richtern zustehende Fragerecht darf nicht in eine Inquisition ausarten, sondern soll nur soweit ausgeübt werden, als es zur Lösung von Zweifeln und zur Ergänzung des Thatbestandes — der nach den anzuwendenden Rechtssätzen noch nicht vollständig geliefert wurde — nothwendig ist.

Hierbei muß freilich der Richter den goldenen Mittelweg zwischen den zwei Extremen finden, die darin ihren Ausdruck finden, daß die Einen fordern, der Richter solle nur passiver Zuschauer sein, während die Anderen fordern, daß er unerbittlich inquirire. Er soll eben weder Puppe noch Inquisitor, sondern Richter sein. Wenn irgend Jemand, so ist es hauptsächlich der Civilrichter, der mit Tact und Zartgefühl auftreten muß und die Thüre des geheiligten Tempels des Familien- und Privatlebens nicht durch inquisitorisches Auftreten den neugierigen Augen des unterhaltungssüchtigen Publicums öffnen soll. Nicht „unerbittlich" fragen und forschen bis ins Einzelne, nicht auf den Leib rücken soll der Civilrichter, wie Schneider (S. 107) behauptet, denn er hat nicht ein Inquisitionsobject vor sich, sondern nur erklären, daß ihm der Thatbestand nicht genüge, um den gestellten Anspruch zuzusprechen, und daß er deshalb fragen müsse, wie sich der Sachverhalt nach dieser oder jener Richtung gestalte, und ob die betreffende Partei außer den angebotenen Beweismitteln ihm nicht noch andere zur Verfügung stellen könne und wolle.

Aufgabe des Civilrichters ist es nicht, das Sachverhältniß so auszuforschen, wie es die Polizei und der Untersuchungsrichter im Strafprocesse zu thun hat, sondern bloß festzustellen, ob die bestrittenen Thatsachen wahr seien und ob auf Grund derselben der geltend gemachte Privatrechtsanspruch zuzusprechen sei oder nicht. Und nur, wenn er Zweifel hat, soll er undeutliche Erklärungen von dem Zweifel befreien oder den unvollständigen Thatbestand oder Beweisapparat vervollständigen lassen. Ob diese Aufklärungen und Ergänzungen wahr seien, hat er erst im Beweisverfahren zu prüfen, wenn der Gegner die Wahrheit bestritten hat. Wenn der Richter dies im Auge behält, so wird es ihm schon klar sein, was damit gesagt sein soll, daß er „ohne Forschung"

Digitized by Google

den Thatbestand, und wenn dieser bestritten ist, die Wahrheit desselben feststellen solle.

Der Amtsrichter hat sich im Civil- und Strafproceß so daran gewöhnt, den Kläger und den Beklagten und ebenso den Ankläger und den Beschuldigten als Anwalt zu vertreten, Untersuchungsrichter in Straf- und Civilsachen zu sein und zugleich den unparteiischen Erkenntnißrichter zu machen, daß er glaubt, es könne gar nicht anders sein. Der allgewaltige und unbeschränkt gebietende Amtsrichter würde nur ungern etwas von seiner Macht einbüßen[9]) und denkt, das Mädchen für Alles sei das Ideal der Justiz. „Kurzen Proceß" kann er dann freilich machen, aber ob dieser auch den Anforderungen entspricht, welche an eine dem civilisirten Staate entsprechende Justiz gestellt werden, ist eine andere Frage.

Wenn heute der Amtsrichter in geringfügigen Sachen als Anwalt der persönlich verhandelnden Partei sich von ihr die Information holen muß, so ist das ein kläglicher Nothbehelf, aber nicht das Ideal des Civilprocesses. Diese anomale Stellung des Richters darf aber nicht zum Ideal auch für den Anwaltsproceß gemacht werden. Ganz und gar unzulässig ist es aber, aus dem Richter — der zugleich Anwalt ohne Executionsgewalt ist — einen allgewaltigen Inquisitor mit Executionsgewalt[10]) machen zu wollen, wie dies Klein (S. 30 ff.) vorschlägt, indem er sich ganz mit Unrecht auf das französische und englische Recht beruft.

Menger (S. 23 ff.) beruft sich wieder auf den französischen Proceß im umgekehrten Sinne. Er meint, die Inquisitionsmaxime im preußischen Civilproceß nach der Gerichtsordnung vom Jahre 1793 sei deshalb den besitzlosen Classen „entrissen" worden, weil die wohlhabenden Stände sahen, daß sie in einem Verfahren, in welchem der Richter den Rechtsstreit von Amtswegen durchzuführen hat, bei der Verfolgung der Rechte nicht jene Ueberlegenheit besitzen, wie etwa im französischen Processe.

Ich glaube, schon der Satz, daß der Richter den Rechtsstreit von Amtswegen durchzuführen habe, sei eine contradictio in adjecto:

[9]) Schneider S. 37 will nur in dem Falle das Forschungsrecht des Richters ausschließen, wenn beide Parteien zugleich ihm eine Schranke setzen. Vgl. auch Schneider S. 137 f., Text und Note 1 auf S. 137, wo er ganz unumwunden gesteht, daß ihm als Amtsrichter die Anwälte sehr unbequem sind, und er sich unter fortwährender Mißbilligung der höheren Instanz selbst über das Gesetz hinwegsetzt: sofern das Gesetz ihm zu wenig Macht verleiht.

[10]) D. h. mit dem Rechte, Geständnisse zu fingiren, wo eine Antwort verweigert wird.

Digitized by Google

der Rechtsstreit ist eben von den Streitenden durchzuführen und vom Richter zu entscheiden. Und zu dieser Einsicht kam man auch in Preußen auf Grund der Erfahrungen, die man mit der Inquisitionsmaxime machte, als man daran ging, durch die Gesetze vom 1. Juni 1833 und vom 21. Juli 1846 diesen unhaltbaren Zustand zu beseitigen und den Forderungen der Wissenschaft zu entsprechen, welche darlegte, daß der Inquisitor der schlechteste Richter sei.

Wenn im Beweisverfahren dem Richter obliegt, die bestrittenen Thatsachen an der Hand der dem Richter zur Verfügung gestellten Beweismittel auf ihre Wahrheit hin zu prüfen, so folgt daraus sicher nicht, daß der Richter während der Verhandlung der Parteien — trotz ihrer entgegenstehenden Dispositionen — Alles ausforschen soll, was etwa entscheidend sein könnte, und so Thatsachen und Verhältnisse schonungslos („unerbittlich", wie Schneider S. 107 sagt) an das Licht der Oeffentlichkeit zerren dürfte, welche vielleicht für das unterhaltungssüchtige Auditorium und Zeitungspublicum sehr interessant und picant sein mögen, aber für die Entscheidung sich nachträglich als irrelevant herausstellen. Eine derartige Gewalt des Richters würde die Rechtsverfolgung geradezu ausschließen und den Civilproceß zur Caricatur eines Rechtsverwirklichungsverfahrens machen. Denn schließlich würde die Partei durch das „unerbittliche Inquiriren" doch zu Geständnissen getrieben, welche der Wahrheit nicht entsprechen, wenn der Richter ihr „durch Kreuz- und Querfragen auf den Leib rücken" [11]) würde.

Die Parteiverhandlung muß gänzlich der Disposition der Parteien überlassen bleiben. Und auch das Beweisverfahren muß jene Schranken der richterlichen Forschung beibehalten, welche es in dem dispositiven Geständnisse und in der Eideszuschiebung besitzt.

Liegt kein Geständniß und keine Eideszuschiebung vor, so mag — ehe zu anderen Beweismitteln und namentlich zum Notheide oder zur eidlichen Vernehmung der Parteien als Zeugen geschritten wird — die Befragung der persönlich geladenen und erschienenen Parteien ohne Eid und ohne Wahrheitspflicht mitunter gute Dienste leisten. Dann erscheint aber diese Befragung der Parteien, — wie sie der französische und der Genfer Proceß, sowie das österreichische Bagatell-

[11]) Schneider übersieht, daß die Befragung der Parteien, die im französischen und Genfer Civilprocesse sowie im österreichischen Bagatellverfahren als eine Art Beweismittel besteht, in der D. C.P.O. nicht recipirt ist, und daß § 120 C.P.O. dem Richter das Inquisitionsrecht bei der Verhandlung nicht gewährt: daß er also durch seine „Inquisition" eine Gesetzwidrigkeit begeht.

Digitized by Google

verfahren kennt, — wesentlich als ein Beweismittel, welches in einem selbständigen Stadium des Processes — in der Regel erst nach der Verhandlung der Parteien — in Frage kommt. Ob diese Parteienvernehmung, ohne Straffanction für die falsche Aussage, zur Feststellung der Wahrheit hinreicht, ist sehr zu bezweifeln.[12]) Jedenfalls müßte daneben der Parteieneid oder (und) die Parteienvernehmung unter Wahrheitspflicht (Eid) und Straffanction für die falsche Aussage zugelassen werden, für den Fall, daß dieses Beweismittel nicht den gewünschten Erfolg hätte. Dieses Beweismittel hat aber die D.C.P.O. in § 130 nicht recipirt, und, wie ich glaube, mit gutem Grunde nicht recipirt: weil darin eine Tortur gelegen ist, welche als Geständniß-Erpressungsmittel erscheint und doch nicht die Garantie der Wahrheit des Ergebnisses der Inquisition bietet, wenn die falsche Aussage keine Strafbarkeit zur Folge hat.

Aber selbst wenn diese Befragung der Parteien ohne Wahrheitspflicht aufgenommen würde, müßte bestimmt werden, daß sie nicht bloß im Falle eines dispositiven Geständnisses, sondern auch im Falle der Eideszuschiebung zu unterbleiben hat: weil eben das Beweisverfahren durch die Eideszuschiebung hintangehalten werden soll, und diese Befragung der Parteien dem Beweisverfahren angehört.

Die Eideszuschiebung ist das Gegenstück zum dispositiven Geständniß. Beide sind formelle Feststellungsmittel der Wahrheit im Civilproceß, welche der hier herrschenden Dispositionsmaxime entsprungen sind, und mit derselben stehen und fallen; durch beide wird die Wahrheitsfeststellung und das Beweisthema beschränkt durch eine Disposition der Partei, welche dem Forschen des Richters Grenzen setzen will. Das dispositive Geständniß setzt bezüglich der vom Gegner behaupteten, die Eideszuschiebung aber bezüglich der vom Beweispflichtigen selbst vorgebrachten Thatsachen der Forschung des Richters eine Grenze, die er nicht überschreiten darf. Gleichzeitig wird durch die Eides-Zuschiebung und Zurückschiebung dem Eide eine den Streit über die Wahrheit einer Thatsache erledigende, definitive, formelle Bedeutung beigelegt, ganz ähnlich wie dies bei dem Geständnisse der Fall ist. Der Schiedseid ist also nicht — wie Schurter[13]) glaubt — noch immer ein Ordal, also ein formelles Beweismittel in diesem Sinne;

---

[12]) Vgl. Harrasowsky S. 3 Note 2, u. S. 5 f., aber auch S. 148 Note 1 u. Schurter, Grundzüge des mater. Beweisrechts in der schweizer. Civilproceßgesetzgebung 1890, S. 404, 406.

[13]) Schurter S. 121, 321 ff.

Digitized by Google

er ist aber auch nicht, wie Bähr (S. 402) und Planck[14]) behaupten, ein Geständniß-Erpressungsmittel, welches der beweispflichtigen Partei nicht versagt werden kann, sondern eine Beschränkung des richterlichen Forschungsgebietes, und wie schon Quintilian sagt: die Anbietung des Eides des Deferenten (als Beweismittel), welcher jedoch nur dann vollen Beweis herstellen kann, wenn vorher dem Gegner Gelegenheit gegeben wird, seinen Widerspruch durch seinen Eid zu erhärten. Und da demnach der Beweispflichtige durch die Eideszuschiebung das Beweisthema begrenzt und dem Gegner das Recht giebt, durch seinen Eid den Sieg davonzutragen, so liegt in der Eideszuschiebung eine Disposition, mit welcher aber freilich gleichzeitig ein Recht des Deferenten geltend gemacht wird, nämlich das Recht, von dem leugnenden Gegner zu fordern, daß er seinen guten Glauben bei der Erhebung des Widerspruchs durch Eid bekräftige. Darauf hat der Beweispflichtige ein Recht: „denn mit welchem Rechte leugnet der Beweisgegner, wenn er nicht einmal seinen guten Glauben beschwören kann?“ fragt Bähr (S. 409) mit gutem Grunde. Ein Recht zur Erzwingung eines Geständnisses — also gleichsam ein Recht auf ein Folterwerkzeug — hat aber der Beweispflichtige sicherlich nicht. Der Beweispflichtige bedarf aber auch des erzwungenen Geständnisses des Gegners nicht, es genügt ihm, wenn dessen Widerspruch als unwirksam erklärt wird, insofern er auf Begehren des Beweispflichtigen nicht schwört, daß er ihn bona fide — ohne Chicane — vorgebracht habe.

Die wichtigste Disposition, die in der an die Stelle der Beweisanbietung tretenden, d. h. ohne Beweisanbietung erfolgten Eideszuschiebung gelegen ist — und bezw. in Rom, wo sie als maximum remedium expediendarum litium fungirte, gelegen war — ist bisher so gut wie übersehen worden: nämlich die Beschränkung des Sachverhältnisses und damit des Beweisthemas auf jene Thatsachen, welche als das rechtserzeugende Factum angeführt und in das Eidesthema aufgenommen werden. Will der Beweispflichtige verhindern, daß der Richter das Sachverhältniß, an welches sich vielleicht Umstände knüpfen, deren Aufdeckung dem Beweispflichtgen peinlich wäre, genau erforsche und dabei vielleicht ganz irrelevante Thatsachen aufdecke, deren Heranziehung an die Oeffentlichkeit der Beweispflichtige vermieden wissen will, so kann er dieses Ziel nur durch Verzicht auf sein Recht oder durch die Eideszuschiebung — an Stelle der Beweisanbietung — erreichen. Soll also der Beweispflichtige unter solchen Umständen nicht gezwungen

[14]) Lehrb. d. d. Civilproceßrechts, 2. Bd. S. 291.

Digitized by Google

werden, auf sein gutes Recht zu verzichten, so muß die Eideszuschiebung als Schranke für die richterliche Forschung ebenso festgehalten werden, wie das dispositive Geständniß. Wie derjenige, der vom Gegner den Beweis zu fordern berechtigt ist, durch das Geständniß, so kann derjenige, der zum Beweise verpflichtet ist, durch die Eideszuschiebung — an Stelle der Beweisanbietung — der richterlichen Forschung eine Schranke setzen.

Das Wesen des Schiedseides besteht darin, daß der Beweispflichtige das Sachverhältniß und das Beweisthema auf bestimmte Thatsachen beschränkt, und sich erbietet, die Wahrheit derselben durch seinen Wahrheitseid zu erhärten. Da aber diesem Eide an sich nicht volle Beweiskraft zugemessen werden könnte, so müßen Garantieen dafür geschaffen werden, daß dieser Eid der Wahrheit entspreche. Die größtmögliche Garantie wird nun dadurch geboten, daß der Gegner diesen Eid des beweispflichtigen Deferenten dadurch hintanhalten kann, daß er seinem Widerspruch durch Leistung eines Ueberzeugungseides über die Unwahrheit des Eidesthemas Kraft verleiht, oder aber einen Ignoranzeid schwört, durch welchen er meines Erachtens jedoch bloß die Recusation des Schiedseides bewirken können sollte.

Man hat bisher nur die Alternative auseinandergehalten, daß der Delat entweder die Ueberzeugung von der Unwahrheit oder jene von der Wahrheit des Beweisthemas haben könne und hat deshalb bloß die Leistung des Delateneides oder die Rückschiebung des Schiedseides als zulässig erklärt. Wenn man aber zu der Erkenntniß gelangt,[15]) daß es noch ein Drittes geben kann: nämlich die Ignoranz des Delaten, d. h. den Fall, daß der Delat weder von der Wahrheit noch von der Unwahrheit des Beweisthemas überzeugt, also im Zweifel ist, obwohl er die betreffende Thatsache sorgfältig geprüft und sich um deren Wahrheit oder Unwahrheit erkundigt hat, so muß man auch auf diesen Fall Bedacht nehmen und für denselben einen entsprechenden Rechtssatz aufstellen. Dieser Rechtssatz ist aber schon bei den Römern zu finden: Die Ignoranz berechtigt zur Recusation des Schiedseides (vgl. Zimmermann, Glaubenseid S. 19 ff., 32 ff., 39 ff.). Die Römer forderten nicht den Eid über die Ignoranz; die rationelle Weiterentwicklung des Schiedseides fordert aber, daß man diesen Eid im Sinne des § 266 d. C.P.O. zulasse, und ihm die ihm sachlich zukommende Bedeutung und

---

[15]) Bähr, Jahrb. f. Dogm. 25, S. 401: 1. wahr; 2. unwahr; 3. non liquet. Wie beim Richter, so sind auch bei dem Delaten diese drei Möglichkeiten vorhanden.

Digitized by Google

Wirkung beilege. Der Delat ſoll, wenn er ſeiner Negation Wirkſamkeit verſchaffen will, ſchwören, daß er von der Gegründetheit ſeiner Negation überzeugt ſei. Wenn er dies nicht kann, ſo ſoll er wenigſtens ſchwören, daß er von der Thatſache nichts (Beſtimmtes) weiß, alſo weder von ihrer Wahrheit noch von ihrer Unwahrheit überzeugt ſei. Leiſtet er aber dieſen Eid, ſo ſoll er auch das Recht haben, vom Beweispflichtigen vollen Beweis zu fordern, und nicht gezwungen werden, ſich bloß mit dem Eide des Deferenten zu begnügen. Jedenfalls iſt es nicht ſachentſprechend, den Delaten auf Grund des Ignoranzeides ſiegen zu laſſen.

Die deutſche C.P.O. hat bekanntlich in § 424 auch drei Eidesnormen: den Wahrheits-, den Ueberzeugungs- und den Ignoranzeid (über die Wahrheit des Beweisthemas). Mit allen drei Eiden wird aber nach § 428 dieſelbe Wirkung verknüpft: „durch Leiſtung des Eides wird voller Beweis der beſchworenen Thatſache begründet.“ Es läßt ſich wohl nichts dagegen einwenden, daß der Beweispflichtige durch ſeinen Wahrheitseid den Beweis des Beweisthemas liefert, und daß der Gegner des Beweispflichtigen durch ſeinen Calumnieneid, daß er von der Unwahrheit des Beweisthemas überzeugt ſei, die Wirkſamkeit ſeiner Negation bewirken kann. Dagegen iſt es nicht zu rechtfertigen, daß der Beweispflichtige durch ſeinen Calumnieneid über ſeine bona fides den Beweis des Beweisthemas herſtellen kann; ganz und gar nicht aber, daß jede der beiden Parteien durch die Leiſtung eines bloßen Ignoranzeides die Wahrheit oder Unwahrheit des Beweisthemas — wenn auch nur in einzelnen Fällen — voll beweiſen könne.[16])

Die Römer gewährten, wie bemerkt, bei beſcheinigter Ignoranz dem Delaten bloß das Recht, den Schiedseid zu recuſiren. Sie kannten zwar nicht den Ignoranzeid, es iſt aber der Ignoranzeid doch nichts anderes als eine Glaubhaftmachung der Ignoranz (vgl. § 266 d. C.P.O.); und deshalb ſollte meines Erachtens dieſem Eide keine andere Bedeutung zugemeſſen werden, als die Römer der Beſcheinigung der Ignoranz beimaßen. Daß aber der Deferent durch den Eid, daß er nichts wiſſe, den vollen Beweis darüber herſtellen könne, daß die Thatſache — von der er nichts weiß — wahr ſei (§§ 424, 428), iſt doch kaum zu rechtfertigen. Stände nicht die hiſtoriſche Ent-

[16]) Nach § 424 könnte im Falle einer negativen Feſtſtellungsklage der Kläger durch den Eid, den er als Deferent im Rückſchiebungsfalle dahin ſchwören würde, daß er die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß z. B. ſein Erblaſſer ein Darlehen vom Erblaſſer des Beklagten erhalten habe, den Beweis herſtellen, daß ſein Erblaſſer ein Darlehen nicht erhalten habe.

Digitized by Google

wicklung hinter diesem Satze, so würde man es für unmöglich halten, daß ein solcher Rechtssatz aufgestellt werden könne.

Die historische Entwicklung war aber bis zur D.C.P.O. nicht so weit gelangt; es ist wohl dem Delaten gestattet worden, durch seinen Ueberzeugungseid über die Unwahrheit des Beweisthemas, oder — auch durch seinen Ignoranzeid — die Wirksamkeit seiner Negation zu begründen, aber der Deferent konnte bisher durch seinen Ignoranzeid einen vollen Beweis niemals herstellen. Dieser Rechtssatz der deutschen C.P.O. muß daher unbedingt wieder beseitigt werden. Ebenso aber auch der Rechtssatz, daß der Delat sich durch den Ignoranzeid die Wirksamkeit seines Widerspruchs: den „vollen Beweis" der Unwahrheit des Beweisthemas verschaffen könne. Denn auch dieser Satz läßt sich nicht rechtfertigen. Die Ignoranz kann weder die Unwahrheit, noch viel weniger aber die Wahrheit des Beweissatzes feststellen, dafür „vollen Beweis" liefern! Sie darf daher auch nicht hinreichen, um dem Widerspruch des Delaten Wirksamkeit zu verschaffen: Die einzige Wirkung der Ignoranz des Delaten kann — wie bei den Römern — nur die sein, daß nun der Delat vom Calumnieneide über die bona fides, mit welcher er das Beweisthema negirt hat, befreit und berechtigt werde, den Schiedseid zu recusiren.

Der Ignoranzeid wäre — wenn er gesetzlich als zulässig erklärt würde, um darauf die Recusation des Schiedseides zu stützen — während der Verhandlung zu leisten (§ 266 d. C.P.O.), damit die Beweisführung des Beweispflichtigen hierauf sofort beginnen könne. Würde der Ignoranzeid nicht geleistet, obwohl der Delat den Schiedseid recusirt hat (§ 417 d. C.P.O.), so wäre durch bedingtes Endurtheil auf den Schiedseid zu erkennen (§ 425 d. C.P.O.).

Dies anerkennt auch Glaser S. 115, indem er sagt: Nehmen wir die Möglichkeit: „Der Delat zweifelt an der Wahrheit des Beweissatzes. Alles, was er von der Sache weiß, reicht nicht aus, um eine bestimmte Meinung darüber zu gewinnen. War er in diesem Zustande nicht berechtigt, Beweise zu fordern, wie sie auch der Richter fordern muß, der im Zweifel gegen den Affirmanten zu entscheiden hat?" [17])

---

[17]) Auch Bähr, glaube ich, wäre dieser Wirkung des Ignoranzeides nicht abgeneigt, da er doch zur Wirksamkeit des Widerspruchs fordert, daß der Widersprechende schwöre, er habe im guten Glauben an die Richtigkeit seiner Negation geleugnet (S. 409), und S. 411 betont, daß der Eid, „der Delat habe nicht die Ueberzeugung erlangt", eine Abschwächung des bisherigen Delateneides sei, woraus folgt, daß er diesem Eide auch nur eine schwächere Wirkung: das non liquet, zumessen kann, welches den Beweis des Deferenten fordert.

Digitized by Google

Freilich fordert Glaser nicht vom Delaten den Ignoranzeid; ich glaube aber, daß durch diese Forderung dem Delaten nur gedient ist: da er im Falle des Zweifels nicht mehr gezwungen würde, den Schiedseid zu referiren, sondern das Recht hätte, gegen Leistung des Ignoranzeides den Schiedseid zu recusiren und den Beweispflichtigen zu zwingen, seine Beweispflicht vollständig zu erfüllen. Aber auch dem Deferenten wird dadurch ein Vortheil geboten: es würde nämlich der Delat dann auch unter den Voraussetzungen des § 424 C.P.O. nicht die Möglichkeit haben, auf Grund des bloßen Ignoranzeides zu siegen. Das Wichtigste ist aber, daß auf diese Weise der Sache selbst ein großer Vortheil erwachsen würde, weil dann in der That die Wahrheit, und nicht die bloße Fiction der Wahrheit im Civilprocesse den Sieg davontragen würde.

Würde dem Delaten gestattet, in dem Falle, daß er über die Unwahrheit des Beweisthemas den Ueberzeugungseid nicht schwören kann, seinen Zweifel über die Wahrheit oder Unwahrheit des Beweisthemas durch seinen Ignoranzeid zu erhärten und auf dieser Grundlage den Schiedseid zu recusiren, so könnte die ungerechtfertigte Beschränkung des § 410 d. C.P.O. beseitigt und der Schiedseid über jedes Factum zugelassen werden, welches nicht auf Grund specieller Vorschriften durch andere Beweismittel (Urkunden und Sachverständige) bewiesen werden muß.[18]) In diesem Falle würde der Schiedseid zu einem wirklich brauchbaren, generellen Beweismittel, welches nicht bloß sichere Garantieen für die Wahrheit des Beschworenen bieten, sondern auch ein bestimmtes und sicheres Beweisresultat ergeben würde, und im Allgemeinen für jede Thatsache zum Beweise verwendet werden könnte.

In einer solchen Reform läge meines Erachtens eine rationelle Entwicklung und Verbesserung des Schiedseides, welchen ich als ein der Dispositionsmaxime des Civilprocesses so vorzüglich entsprechendes Feststellungsmittel der Wahrheit unbedingt dem Civilprocesse erhalten sehen möchte.

Wie sehr ich aber auch für die Festhaltung der Dispositionsmaxime und damit für die Beibehaltung des Schiedseides und zwar namentlich

---

[18]) Bähr S. 140 f. sagt: Die Bestimmungen der §§ 410, 413 C.P.O. sind durchaus inconsequent, wenn sie bloß über Handlungen des Rechtsvorgängers und Vertreters des Schwurpflichtigen den Glaubenseid zulassen. Immerhin ist es ein wahres Glück, daß wenigstens für diesen wichtigsten Fall der Glaubenseid aufrecht erhalten wurde. Der Richter muß dem Mangel des Gesetzes durch den richterlichen Eid nachhelfen.

Digitized by Google

aus dem Grunde eintreten zu müssen glaube, damit dem Beweispflichtigen das Recht gewahrt werde, der Forschung des Richters durch Beschränkung des Beweissatzes eine Grenze zu setzen, ebenso halte ich es für nothwendig, daß dem Principe der materiellen Wahrheit dort zum Siege verholfen werde, wo eine Parteiendisposition nicht vorliegt und auch sonstige Rücksichten die Festhaltung der formellen Wahrheit nicht als nothwendig erscheinen lassen. (Canstein, Rationelle Grundlagen des C.P. S. 29.)

Ein Grund, den Parteien zu verbieten, unter Wahrheitspflicht ihr Zeugniß und ihre Vernehmung anzubieten, liegt absolut nicht vor; im Gegentheil, die Pflicht des Staates, das Recht zu schützen und das Unrecht hintanzuhalten, fordert es dringend, daß den Parteien gestattet werde, wenn sie keine anderen Beweismittel besitzen oder benützen wollen, ihr Zeugniß anzubieten. Dem bloßen Eide, welcher die Wahrheit eines formulirten Zeugnisses bekräftigt, kann der Richter niemals jene Beweiskraft zumessen, die er dem durch Vernehmung der Partei erhaltenen Zeugnisse schenken wird. Denn bei dem formulirten Zeugnisse ist das Fragerecht unter Wahrheitspflicht ausgeschlossen, dessen Ausübung es erst ermöglicht, die Glaubwürdigkeit der Person und die Wahrheit der Aussage zu prüfen und jene concreten Nebenumstände festzustellen, welche als Unterstützung des an sich bedenklichen Parteizeugnisses erscheinen.

Wenn nun die Partei zur Erhöhung der Glaubwürdigkeit ihres Zeugnisses sich erbietet, nicht bloß über die Wahrheit des formulirten Zeugnisses einen Eid zu schwören, sondern auf alle Fragen zu antworten, die der Gegner oder das Gericht an sie stellen will, so kann doch als Grund dafür, daß dieses Begehren abgewiesen werden müsse, nicht geltend gemacht werden, daß im Civilprozesse nur formelle Wahrheit gilt. Muß doch selbst Wach (Vorträge S. 159) zugeben, daß im Civilproceß die Feststellung der materiellen Wahrheit auf das Sehnlichste zu wünschen sei. Soweit das Gesetz oder die Parteidisposition den Richter zwingt, sich mit formeller Wahrheit zu begnügen, muß er natürlich die Wahrannahme an die Stelle der Wahrheitsprüfung treten lassen. Das Gesetz soll aber sich mit der bloßen Wahrannahme nur dort begnügen, wo dies gewichtige und triftige Gründe fordern. Wo es aber ohne Schaden für die Rechtssicherheit und ohne Verletzung der Dispositionen der Parteien über ihre verzichtbaren Privatrechte möglich ist, die materielle Wahrheit feststellen zu lassen, und namentlich, wo es sich um Zulassung eines neuen Beweismittels handelt, welches ohne Gefahr den Parteien in die Hände gegeben werden kann, soll der Gesetzgeber nicht — deshalb weil im Civilprozesse oft

Digitized by Google

formelle Wahrheit genügen muß — die Feststellung der materiellen Wahrheit durch Ausschließung eines Beweismittels unmöglich machen.

Jeder Richter, der sich nicht zu einer bloßen Maschine herabwürdigen will, wird im Gegentheil das Anerbieten der Partei, sich als Zeuge vernehmen lassen zu wollen, mit Freuden acceptiren, wenn er im Zweifel ist, ob das Beweisthema wahr sei, und sich vor die Alternative gestellt sieht, dem „Notheide" volle Beweiskraft zuzumessen, oder vielleicht das gute Recht unterliegen lassen zu müssen. Jede gewissenhafte Partei aber, welche die Wahrheit auf ihrer Seite hat und nicht aus speciellen Gründen ihre Befragung unter Wahrheitspflicht vermieden wissen will, wird es als eine Gewissenserleichterung ansehen und der Gesetzgebung dafür dankbar sein, daß sie dem Richter die concreten Thatsachen und Umstände vorführen kann, aus denen der Richter die Wahrheit ihres Zeugnisses festzustellen im Stande ist, und daß sie nicht gezwungen wird — als judex in propria causa — selbst die Subsumtion dieser concreten Thatsachen und Umstände unter die abstracte Eidesnorm, die doch in der Regel nur den abstracten Thatbestand des betreffenden anzuwendenden Rechtssatzes zum Inhalte hat, vornehmen und auf ihr Gewissen nehmen zu müssen.

4. Gefahren beim Schiedseide.

Glaser (S. 164 ff.) und Bar (Recht und Beweis S. 125 ff., Gutachten S. 18 ff.) haben uns gezeigt, welche Gefahren mit der Zulassung eines abstract formulirten Zeugnisses verbunden sind, und wie es der Scrupulosität und Laxheit des Gewissens des Schwörenden überlassen ist, über die Wahrheit des Beweisthemas — welches in der Regel nach dem abstracten Thatbestande des betreffenden Rechtssatzes formulirt wird — zu entscheiden. Der Schwörende entscheidet nämlich in diesem Falle, ob der concrete Fall unter die abstrakte Eidesformel zu subsumiren sei oder nicht, während doch diese Entscheidung dem Richter anheimfallen sollte. In der Regel ist die Partei — und zwar oft bona fide — geneigt, im Zweifel die Entscheidung zu ihren Gunsten ausfallen zu lassen: sie entschließt sich, den Eid zu leisten und so die Wahrheit ihrer Behauptung festzustellen, obwohl der Richter, wenn er die betreffenden Umstände, die den Schwörenden zum Eide bewogen, kennen würde, die Behauptung als unwahr erkennen würde. Mitunter beruhigt eine gewissenlose Partei sich damit, daß sie — wie der Meineidbauer Anzengruber's — eine reservatio mentalis findet, die ihr über die Scrupeln, einen Meineid zu schwören, hinweghilft.[19]) Oft verliert

[19]) „Schwörst nit, es wär kein Testament vorhanden, schwörst nur, es wär

Digitized by Google

aber eine scrupulöse Partei den Proceß bloß deshalb, weil sie im Zweifel lieber den Eid verweigert und den Proceß verliert, als einen möglichen Meineid auf ihr Gewissen nimmt. In diesem Sinne ist der Schwörende zugleich testis und judex in propria causa. Und da entsteht nun die Frage, soll die Gefahr einer unrichtigen Subsumtion unter die abstracte Eidesnorm durch die Partei dadurch beseitigt werden, daß die Partei auf Antrag des Gegners gezwungen wird, sich als Zeuge vernehmen zu lassen. Dadurch würde natürlich das Institut der Eideszuschiebung einen ganz anderen Charakter erhalten: Denn der Beweispflichtige würde dann nicht vom Gegner den zugeschobenen Delateneid fordern, und der Delat würde dann nicht den zugeschobenen Eid zurückschieben, sondern jeder der Beiden würde die Vernehmung des Gegners als Zeugen fordern, also begehren, daß gegen den Gegner der Zeugnißzwang in demselben Sinne geübt werde, wie gegen Dritte, die nicht Parteien sind, ja noch strenger als gegen Dritte, da doch diese, wenn sie in Collision mit anderen Pflichten oder mit ihren materiellen Interessen gerathen würden, die Antwort ohne Rechtsnachtheil verweigern könnten. (§§ 348 ff. C.P.O.) Würde nun die Vernehmung einer Partei als Zeuge in eigener Sache gegen ihren Willen erzwungen werden wollen, so würde hierdurch das materielle Recht auch gar oft — vielleicht öfter als bei der Beibehaltung des Schiedseides — Schaden nehmen. Denn gar oft würde dann die Partei gezwungen, direct ein Geständniß abzulegen, um der Seelenfolter der vielen, stets neue Dilemmen enthaltenden Fragen zu entgehen, wenn auch die gestandene Thatsache unwahr ist. Hier wie dort sind also Meineide möglich — denn als Meineid erscheint auch das unter Wahrheitspflicht abgelegte Geständniß, wenn die gestandene Thatsache unwahr ist. Die Möglichkeit eines solchen Meineides ist aber gewiß noch mehr zu perhorrescieren, als die bei dem Schiedseide bestehende Möglichkeit, da hier der als Zeuge Vernommene sowohl einen Meineid begeht, als auch den Proceß und sein gutes Recht verliert. Zudem kommt, daß man die beim Schiedseid bestehende Möglichkeit eines Meineides — wenigstens bei gewissenhaften Parteien — dadurch beseitigen kann, daß man den Parteien das Recht giebt, wenn sie nicht selbst über die Subsumirbarkeit des concreten Sachverhaltes unter das abstracte Beweisthema entscheiden und die Entscheidung nicht auf ihr Gewissen nehmen wollen, sich als Zeuge anzubieten und ihre Vernehmung als Zeuge zu begehren. Außerdem kann die beim Schiedseide bestehende Gefahr eines Meineides

---

nit da — denn die Schrift is ja viel Meil'n weit in mein Kasten versteckt g'leg'n.

Digitized by Google

auch durch möglichst concrete Formulirung des Eidesthemas behoben oder doch wenigstens beschränkt werden.

Bemerkt sei auch, daß durch bestimmte und klare gesetzliche Formulirung des Delateneides alle jene Zweifel im Voraus und ein für allemal beseitigt werden können, von denen Glaser so vieles zu erzählen wußte. Es wäre einerseits der Ueberzeugungseid und andererseits der Ignoranzeid in zweifellose Formen zu fassen, indem gleichzeitig bestimmt würde, daß der Delat durch seinen Ueberzeugungseid seinem Widerspruche Geltung und Wirksamkeit verleiht und durch seinen Ignoranzeid bewirkt, daß der Beweispflichtige, dessen Schiedseid wegen Ignoranz des Delaten recusirt wird, nun das Beweisthema nicht mehr durch den Deferenteneid, sondern nur durch andere Beweismittel, gegebenenfalls durch seine zeugeneidliche Vernehmung beweisen könne.

Es könnte bestimmt werden: Wenn der Delat schwört, daß er nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß das Beweisthema nicht wahr sei, so ist das Beweisthema für unwahr zu halten. Wenn aber der Delat schwört, daß er trotz sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung nicht erlangen konnte, daß das Beweisthema wahr oder unwahr sei, so kann er den Schiedseid recusiren und es hat der Beweispflichtige das Beweisthema anderweitig zu beweisen.

Im Falle der Ersetzung des Schiedseides durch die erzwungene Parteienvernehmung würde nicht immer der erhoffte Vortheil der Parteienvernehmung erzielt werden. Denn gar häufig wird der Richter am Schlusse der Parteienvernehmung — namentlich wenn beide Theile als Zeugen vernommen wurden — dort wieder anlangen, wo er vor dieser Vernehmung war: er wird nicht wissen, auf welcher Seite die Wahrheit ist. Es sind dann zwei Eide unnöthig geleistet worden und der Richter muß entscheiden: actore non probante reus absolvitur.

Diesem Resultate gegenüber ist der Schiedseid insofern vorzuziehen, als wenigstens formell der Richter sein Gewissen damit beruhigen kann, daß die Wahrheit auf Seite des Schwörenden vorhanden sein müsse, da dieser sonst nicht zum Eide gekommen wäre. Diese Beruhigung würde aber um so werthvoller sein, wenn dem Beweispflichtigen gestattet würde — anstatt dem Gegner den Schiedseid aufzutragen, und Gelegenheit zum Meineide zu geben — seine Vernehmung als Zeuge anzubieten. Denn bietet unter diesen Voraussetzungen der Beweispflichtige sein Zeugniß nicht an, so kann der Richter annehmen, daß der Delat vom Deferenten nicht als eines Meineides fähig angesehen wird, und deshalb die Wahrheit beschwört.

Digitized by Google

Wie dem Deferenten so muß aber auch dem Delaten gestattet werden, — wenn dieser es namentlich zur Erleichterung seines Gewissens vorzieht, — sein eigenes Zeugniß anzubieten und dadurch den ihm aufgetragenen Schiedseid zu ersetzen. Auch dies könnte eventuelle Meineide des Delaten hintanhalten.

Auf diese Art könnte — wie ich glaube — durch Zulassung der freiwilligen Anbietung der Vernehmung jeder der beiden Parteien neben Beibehaltung des Schiedseides das relativ günstigste Resultat erzielt und das Parteizeugniß in beiden Formen entsprechend verwerthet werden. Es könnte nämlich der Beweispflichtige, wenn er fürchtet, der Delat könnte einen Meineid schwören, seine Vernehmung als Zeuge anbieten, und es könnte der Delat, wenn er Scrupeln hat, ein abstractes Beweisthema zu beschwören, seine Vernehmung als Zeuge fordern. Treten aber diese Umstände nicht ein, so wird der Schiedseid nach wie vor seine guten Dienste leisten.

Freilich hört man oft die Klage, daß beim Schiedseide so oft Meineide geschworen werden und deshalb die Beseitigung des Schiedseides nöthig ist. Ich glaube aber, daß durch Beseitigung des Schiedseides der Sieg der Wahrheit nicht besser gesichert wäre. Denn hat der Beweispflichtige sonstige Beweise in Händen, so kann er beim Bestande des Schiedseides ebenso wie im Falle der Beseitigung desselben der Wahrheit zum Siege verhelfen. Hat er aber keine Beweise zur Verfügung, so müßte er — wenn der Schiedseid beseitigt würde — nach dem Satze actore non probante reus absolvitur den Proceß verlieren. Nichts Schlimmeres trifft ihn aber selbst dann, wenn wirklich der Delat einen Meineid schwört. Es kann aber — beim Bestande des Schiedseides — der Beweispflichtige trotz Mangels von Beweisen siegen, wenn der Delat so gewissenhaft ist, daß er sich scheut, einen Meineid zu schwören. Noch vortheilhafter ist aber die Stellung des Beweispflichtigen, wenn ihm gestattet wird, seine Vernehmung als Zeuge statt der Eidesdelation anzubieten, falls er fürchtet, daß der Delat einen Meineid schwören könnte.

Die Tendenz der Beseitigung des Schiedseides scheint auch dem Anzengruber'schen Meineidsbauern zu Grunde zu liegen: wo jedoch die Beseitigung des Parteieneides wesentlich aus dem Grunde gefordert wird, weil die Partei gewissermaßen unter Straffanction zum Eide gezwungen sein soll, wenn sie einmal die gegnerische Behauptung — während der Verhandlung — geleugnet hat. In dem von Anzengruber behandelten concreten Falle könnte wohl in der Bestreitung des Bestandes eines Testamentes eine strafbare Handlung (Veruntreuung

Digitized by Google

bezw. Betrug) gefunden werden. Offenbar hat aber Anzengruber nicht einen Ausnahmsfall, sondern ein allgemeines Uebel rügen wollen. Dieses Uebel besteht in der That insofern, als unter den Laien — und namentlich unter dem Landvolk — vielfach die Ansicht vertreten ist, daß eine Partei, welche im Civilproceß eine Behauptung aufgestellt oder geleugnet hat, bei dieser — ohne Wahrheitspflicht abgegebenen — Erklärung verharren müsse, widrigenfalls, wenn sie nachträglich die Unwahrheit ihrer früheren Erklärung zugestehen würde, ihre frühere unwahre Behauptung oder Negirung als strafbar erschiene. Und so kommt es denn mitunter vor, daß in der That nur aus Furcht, daß die Strafe eintreten würde, wenn die Partei ihre frühere Erklärung nicht durch Eid bekräftigen würde, ein Meineid geschworen wird. Deshalb wäre es empfehlenswerth, daß gesetzlich vorgeschrieben würde, jene Partei, die einen Eid zu leisten hat, darüber zu belehren, daß sie — wenn ihre Behauptungen während der Verhandlung der Wahrheit nicht entsprachen — nicht strafbar wird, wenn sie den Eid nicht leistet; daß sie aber die Strafe des Meineides trifft, wenn sie eine unwahre Behauptung beschwört. Natürlich könnte eine solche Belehrung in jenen Ausnahmsfällen nicht stattfinden, wo in der That schon die bloße Bestreitung einer Thatsache als strafbare Handlung erscheint.

Aus dem Grunde allein, daß der Delat Gelegenheit hat, einen Meineid zu schwören, die Beseitigung des Schiedseides zu fordern, halte ich aber nicht für gerechtfertigt. Sind es doch auf der ganzen Erde nur wenige Schweizer Cantone, welche sich ohne den Parteieneid behelfen (Zürich, Appenzell, Aargau); und plädirt doch ein Schweizer (Schurter S. 415) de lege ferenda dafür, daß in der Schweiz allgemein die Parteienbefragung unter Wahrheitspflicht mit Strafsanction für die falsche Aussage (ohne Eid) eingeführt werde. Und hat doch auch England schließlich eingesehen, daß ohne Parteienzeugniß die Feststellung der Wahrheit im Civilproceß geradezu unmöglich ist.

Kann aber das Parteienzeugniß nicht entbehrt werden, so ist die Versuchung zum Meineide beim Schiedseide nicht größer als beim Parteienzeugniß, das durch Befragung der Partei erhalten werden soll, wenn der Partei über den Inhalt des Eides keine Zweifel gelassen werden, also die Eidesnorm so concret als möglich gefaßt, und zudem der Ueberzeugungseid ebenso deutlich formulirt wird wie der Ignoranzeid, und nicht beide unter dieselbe — und dann natürlich zweideutige — Formel gezwängt werden.

Uebrigens könnte, wie gesagt, eine Verhinderung von Meineiden auf Seiten des Delaten auch dadurch geschaffen werden, daß dem Delaten

Digitized by Google

— wenn er Zweifel hat — gestattet wird, seine Vernehmung als Zeuge zu begehren. Auch könnte dadurch, daß dem Beweispflichtigen gestattet würde, statt der Eidesdelation seine Vernehmung als Zeuge anzubieten, der Eid des Delaten und damit die Gelegenheit zu einem Meineide des Delaten in einer großen Reihe von Fällen hintangehalten werden.

Ein Meineid des Deferenten wird geradezu unmöglich gemacht, wenn der Delat entweder den Ueberzeugungseid über die Unwahrheit des Beweisthemas oder den Ignoranzeid schwören und so in jedem Falle den Eid des Deferenten verhindern kann, wenn er nicht selbst von der Wahrheit des Beweisthemas überzeugt ist. Würde ihm aber überdies noch eine weitere Erleichterung dadurch geschaffen, daß ihm gestattet würde, statt dieser Eide seine Vernehmung als Zeuge anzubieten, so hätte man das Höchste erreicht, was sich behufs Verhinderung des Meineides des Deferenten erreichen läßt.

So erscheint denn die Vernehmung der Parteien wesentlich nur als Correctiv gegen die Mängel des Schiedseides empfehlenswerth, während im Falle der Beseitigung des Schiedseides die Parteienvernehmung in der That nur ein klägliches Surrogat des Schiedseides darstellen würde, indem dann nicht bloß oft unnöthiger Weise zwei Eide geschworen würden, von denen gar oft einer ein Meineid wäre, sondern überdies oft die mögliche Feststellung der Wahrheit durch das im Schiedseide gelegene Parteizeugniß geradezu ausgeschlossen würde, indem die Parteivernehmung nicht jenes sichere Resultat verbürgt, wie der Schiedseid.

5. Der Zeugnißzwang gegen die Parteien überhaupt.

Der Zeugnißzwang als Zwang der Partei, sich als Zeuge vernehmen zu lassen und auf gestellte Fragen zu antworten, ist mit der Parteistellung unvereinbar. Es soll die Partei nicht zwangsweise der Vernehmung unterzogen und bei jeder an sie gestellten Frage einer tortura animae unterworfen, in ein Dilemma hineingezwungen werden, in welches sie die Collision zwischen der Wahrheitspflicht und ihrem materiellen Interesse bei jeder Frage von Neuem versetzt. Aber nicht bloß diese Collision erzeugt eine Seelenfolter. Es giebt der Fälle genug, wo andere Gründe der Partei ihre Vernehmung als Zeuge peinlich machen, und wo sie deshalb nur — wenn sie hierzu durch den gesetzlichen Zeugnißzwang angehalten wird, — als Zeuge aussagt. Bald ist es die Schwäche ihres Gedächtnisses, oder der Umstand, daß sie thatsächlich nichts Positives weiß und selbst im Zweifel ist, ob das Beweisthema wahr oder unwahr sei; bald aber die Besorgniß, einem Freunde

Digitized by Google

Schande oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuzuziehen, oder sich selbst oder naheſtehende Perſonen zu compromittiren oder lächerlich zu machen; bald die Beſorgniß, einen unlöslichen Conflict mit naheſtehenden oder befreundeten Perſonen hervorzurufen u. dgl. m. Schon der Kampf der materiellen Intereſſen mit der Schwäche des Gedächtniſſes, mit den für und gegen die Wahrheit ſprechenden Vermuthungsgründen, insbeſondere aber mit der erwähnten Beſorgniß iſt peinlich. Viel peinlicher iſt aber der Umſtand, daß der Vernommene dieſen inneren Kampf oft unvorbereitet in wenig Augenblicken und deshalb um ſo intenſiver vor den Augen des Richters durchkämpfen und dieſem ſeine Verlegenheit zeigen muß, da der Richter dieſe Verlegenheit als Ausdruck des Kampfes der materiellen Intereſſen mit der Wahrheit halten und jede für den Vernommenen günſtige Antwort als Lüge anſehen wird, was für eine redliche Partei gewiß qualvoll iſt. Dieſe Qualen ſteigern ſich bei jeder neuen Frage, indem bei jeder neuen Antwort die Gefahr, ſich in Widerſprüche zu verwickeln, größer wird, weil das materielle Intereſſe oft erſt bei ſpäteren Antworten über ſonſtige Rückſichten ſiegt und der vollen Wahrheit den Weg ebnet, oder weil dem Befragten oft erſt nachträglich Anhaltspunkte des Gedächtniſſes einfallen oder vorgehalten werden. Wird ihm nun wirklich ein Widerſpruch mit früheren Erklärungen vorgeworfen, ſo beginnt ihn die Angſt zu quälen, daß er — wenn auch unſchuldig — des Meineides geziehen werden kann; zumal ja ohnehin die Vermuthung für die Unredlichkeit oder doch Verdächtigkeit des zum Zeugniſſe Gezwungenen ſpricht, wenn er eine Ausſage zu ſeinen Gunſten macht. Nichts iſt natürlicher, als daß er ſchließlich, um dieſer Folter zu entgehen, im Angſtſchweiß gebadet, die Antwort, auf die Gefahr hin von der poena confessi getroffen zu werden, verweigert, oder geradezu ein Geſtändniß ablegt, obwohl das Geſtandene nicht wahr iſt.

Zu dieſem — gewiß nicht wünſchenswerthen — Reſultate gelangt man, wenn man die Partei zwingt, gegen ihren Willen, auf bloßes Begehren des Gegners, ſich als Zeuge in eigener Sache vernehmen zu laſſen.

Findet Demelius ſelbſt den Eideszwang beim Schiedseide für nicht gerechtfertigt, ſo müſſen wir umſomehr zugeben, daß der Zwang zur zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien ſich unbedingt nicht rechtfertigen laſſe, zumal der Partei, wie jedem anderen Zeugen (nach den §§ 348 ff. C.P.O.), der mit ſeinen ſonſtigen Pflichten in Colliſion gerathen würde, das Recht gewährt werden muß — ohne Rechtsnachtheil — das Zeugniß zu verweigern. Dieſes Recht kann aber nur derart gewährt

Digitized by Google

werden, daß überhaupt der Zwang gar nicht versucht, also dem Gegner direct das Recht versagt wird, das Parteizeugniß in Form der zeugeneidlichen Vernehmung (der Gegenpartei) zu fordern. Denn würde dem Gegner das Recht gewährt, die eidliche Vernehmung des Gegners zu fordern, so würde der Richter schon in der — wenn auch vom Gesetze gestatteten — Verweigerung der Aussage einen Vermuthungsgrund gegen die Wahrheit des Vorbringens des das Zeugniß Verweigernden erblicken und — wenn auch unwillkürlich — dem Gegner mehr Vertrauen schenken, wodurch die Verweigerung des Zeugnisses zu einem Rechtsnachtheile führen würde.

6. Zeugnißzwang gegen den Deferenten.

Glaser, Bar, Lippmann, Harrasowsky, sowie Leonhard und Kleinfeller verlangen, daß der Schiedseid überhaupt, also namentlich auch der Eid des Deferenten durch die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien ersetzt werde. Es entsteht nun zunächst die Frage, ob es räthlich und empfehlenswerth sei, statt des Eides des Deferenten, dessen zeugeneidliche Vernehmung einzuführen und den Deferenten stets zu zwingen, daß er sich als Zeuge vernehmen lasse.

Man könnte diese Forderung, abgesehen von den früher erwähnten, von Glaser und Bar angeführten Gründen, namentlich auch damit rechtfertigen wollen, daß der Gegner das Recht habe, von dem Beweispflichtigen vollen Beweis zu fordern und daß diesem sein Recht geschmälert werde, wenn man ihn zwingt, sich mit dem Schiedseid des Deferenten zu begnügen und zu dulden, daß diesem höchstbedenklichen Selbsteide stets und unbedingt volle Beweiskraft zugemessen werde, ohne daß die Glaubwürdigkeit der Person und des formulirten Zeugnisses des Deferenten durch an ihn zu stellende Fragen geprüft würde.

Und doch glaube ich, — unter der Voraussetzung, daß der Deferent stets nur einen Wissenseid über seine eigenen Wahrnehmungen und nicht einen bloßen Ueberzeugungseid schwören darf, — daß der Schiedseid beizubehalten und dem Eide des Deferenten volle Beweiskraft zu belassen sei.

Die Seelenfolter, welche die erzwungene zeugeneidliche Vernehmung für die Partei bildet, ist m. E. eine derart peinliche, daß ich sie selbst beim beweispflichtigen Deferenten nicht als gerechtfertigt ansehen kann.

Zudem kommt, daß doch der Deferent, wenn er einen Wahrheits- oder Wissenseid schwört, ein Zeugniß über die objective Wahrheit des Beweisthemas und nicht — wie der Delat — einen bloßen Calumnieneid leistet. Dieses an sich bedenkliche Zeugniß erlangt zwar nicht —

Digitized by Google

wie bei der zeugeneidlichen Vernehmung — durch die Prüfung der Glaubwürdigkeit der Person und ihrer Aussage mittels Fragen eine Erhärtung und Garantie seiner Wahrheit, es treten aber an Stelle dieser Garantie eine Reihe anderer Garantien der Glaubwürdigkeit des Zeugnisses des Deferenten, von denen im concreten Falle stets wenigstens eine vorhanden ist.

Zunächst liefert die in der Relation des Schiedseides liegende Verweigerung des Eides des Delaten, daß er von der Unwahrheit des Beweisthemas überzeugt sei, einen gewichtigen Vermuthungsgrund für die Wahrheit des Eidesthemas: denn kann oder will der Delat nicht schwören, daß er von der Unwahrheit des Beweisthemas die Ueberzeugung habe, so liegt darin doch ein gewichtiger Grund für die Vermuthung der Wahrheit des Beweisthemas, da doch der Delat, wenn er seinen Eid verweigert, offenbar an die Wahrheit des Beweisthemas glauben muß, zumal er doch immer mehr geneigt ist, an die Unwahrheit des Beweisthemas, welches er geleugnet hat, zu glauben und durch seine Erkundigungen wenigstens einen oder den anderen Anhaltspunkt für seine Ansicht aufgedeckt hätte, um dadurch in den Stand gesetzt zu werden, seine bona fides eidlich zu erhärten, wenn nicht das Beweisthema wahr wäre. Glaubt aber der Delat selbst nicht an die von ihm behauptete Unwahrheit des Beweisthemas, so muß schon dieser Umstand allein gegen ihn und zu Gunsten des Deferenten sprechen. Dazu käme aber noch, wenn der Ignoranzeid behufs Recusation des Schiedseides zugelassen würde, daß die Verweigerung des Ignoranzeides als weiterer und zwar sehr gewichtiger Vermuthungsgrund für die Wahrheit des Beweisthemas in die Wagschale fiele. Denn wenn der Delat bisher den Ueberzeugungseid über die Unwahrheit des Beweisthemas verweigerte, so konnte man noch immer annehmen, daß er dies aus dem Grunde that, weil er im Zweifel sich lieber auf die Gewissenhaftigkeit des Deferenten verließ. Würde aber dem Delaten gestattet, in dem Falle, daß er über die Wahrheit oder Unwahrheit des Beweisthemas im Zweifel ist und daher darüber keine Ueberzeugung hat, den Mangel seiner Kenntniß von der Wahrheit oder Unwahrheit des Beweisthemas durch den Ignoranzeid zu bekräftigen und dadurch sich von der Nothwendigkeit der Relation des Schiedseides zu befreien, so läge in der Verweigerung auch dieses Eides das Geständniß, daß er von der Wahrheit des Beweisthemas überzeugt sei: denn ein viertes Glied giebt es in der Reihe: wahr, unwahr, zweifelhaft nicht. Was nicht unwahr und nicht zweifelhaft ist, muß wahr sein.

Es wäre nur noch die einzige Möglichkeit vorhanden, daß der Delat

Digitized by Google

aus großer Scrupulosität überhaupt keine Eide leisten will und deshalb — namentlich wenn er im Zweifel ist — lieber den Gegner den Eid über die Wahrheit schwören läßt. In diesem Falle träte aber an die Stelle eines gewichtigen Vermuthungsgrundes für die Wahrheit des Beweisthemas das Moment, daß in der Relation des Schiedseides in einem solchen Falle das Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit des Gegners und ein Zeugniß für seine Glaubwürdigkeit zum Ausdruck käme. Diese Vertrauenskundgebung und dieses Zeugniß der Glaubwürdigkeit des Deferenten hätte aber einen um so höheren Werth, wenn der Delat die Möglichkeit hätte, durch den bloßen Ignoranzeid oder durch die Anbietung seiner eidlichen Vernehmung die Relation unnöthig zu machen. Wenn trotz aller dieser Erleichterungen der Delat den Schiedseid zurückschiebt, so muß er entweder von der Wahrheit des Beweisthemas überzeugt sein oder die Gewißheit haben, daß der Deferent eines Meineides unfähig ist: denn zweifelte er an der Wahrheit des Beweisthemas und an der Gewissenhaftigkeit des Deferenten, so würde er bei noch so großer Gewissenhaftigkeit und Scheu vor Eiden den Ignoranzeid leisten oder seine Vernehmung als Zeuge anbieten.

Zu diesen Beweismomenten kommt aber noch ein dispositives Moment.

Die Delation und Relation ist zwar kein Vertrag und namentlich kein Vergleich: sie enthalten aber Beide Willensdispositionen.

In der Delation liegt zunächst eine dispositive Beschränkung des richterlichen Forschungsrechtes und des Beweisthemas. Außerdem liegt in der Delation — wenn nicht ein durch den Eid bedingtes Geständniß[20]) der Richtigkeit der gegnerischen Negation, so doch wenigstens — wie im germanischen Processe — die Gewährung des Rechtes an den Delaten, durch Beschwörung seiner Ueberzeugung von der Unwahrheit des Beweisthemas den Sieg davon zu tragen und dem Beweispflichtigen den Weg zum (weiteren) Beweise zu verlegen. Freilich wird dabei auch gleichzeitig von dem Delaten die Erfüllung seiner — dem römischen Rechte entnommenen — Pflicht zur Leistung des deferirten Eides oder zur Zurückschiebung des Schiedseides begehrt: aber auch dieses Begehren ist eine Disposition, welche den Gegner und das Gericht ebenso bindet, wie den Deferenten.

In der Relation liegt hinwieder, wenn nicht ein bedingtes Geständniß der Wahrheit des Beweisthemas, doch wenigstens die Er-

[20]) Canstein, Ztsch. f. d. C. P. 2 S. 312 ff., Fitting, Lehrb. S. 449; dagegen Demelius S. 86 f., 105 N. 6. Eine Widerlegung der von Demelius gegen meine Ansicht vorgebrachten Gründe würde mich hier zu weit führen.

Digitized by Google

theilung des Rechtes an den Deferenten, durch seinen Eid einen vollen Beweis zu liefern und zugleich ein Verzicht des Delaten auf das ihm offerirte Recht, durch seinen Ueberzeugungseid den Sieg davon zu tragen oder durch seinen Ignoranzeid den Beweispflichtigen zur vollständigen Beweislieferung zu zwingen. Gleichzeitig wird mittelst der Relation von dem Rechte des Delaten Gebrauch gemacht, sich hierdurch von seiner Eidespflicht zu befreien. Auch diese Disposition bindet beide Parteien und das Gericht.

Da, wie aus dem vorher Gesagten ersichtlich ist, in der Relation des Schiedseides — namentlich wenn dem Delaten auch die Leistung des Ignoranzeides und die Anbietung seiner Vernehmung als Zeuge freigestellt wird — gewichtige Beweismomente für die Wahrheit des Beweisthemas und für die Glaubwürdigkeit des Deferenten liegen, so ist es gewiß nicht ungerechtfertigt, daß das Gesetz bestimmt, es käme dem Eide des Deferenten stets volle Beweiskraft zu: dies um so mehr, da in der Relation — namentlich unter den eben erwähnten Voraussetzungen — stets ein freiwilliger Dispositionsakt läge, indem der Delat nun nicht mehr gezwungen wäre, wenn er über die Wahrheit des Beweisthemas im Zweifel ist, den Schiedseid zurückzuschieben, sondern seine Ignoranz beschwören oder sein Zeugniß anbieten könnte.

Ist aber in der Relation des Schiedseides eine freie Disposition gelegen, und wird die Glaubwürdigkeit der vom Deferenten beschworenen Thatsache auch dadurch erhöht, daß der Delat die ihm gebotene Gelegenheit, die Unwahrheit dieser Thatsache durch seinen bloßen Ueberzeugungseid festzustellen, oder die Eideszuschiebung durch seinen Ignoranzeid hinfällig zu machen, von sich gewiesen und dadurch so zu sagen stillschweigend gestanden hat, daß er vom Beweisthema Kenntniß habe und von seiner Wahrheit überzeugt sei, und kommt zudem der Umstand, daß in der Relation zum Mindesten eine Vertrauenskundgebung — ein Zeugniß für die Glaubwürdigeit des Deferenten — liegt, so erhöhen diese Umstände alle zusammen genommen, zumal in jedem Falle wenigstens einer derselben zutreffen muß — die Glaubwürdigkeit des vom Deferenten durch dessen Wissenseid Beschworenen so sehr, daß es als überflüssig und ungerechtfertigt erklärt werden muß, den Deferenten gegen seinen Willen der Seelenfolter der eidlichen Vernehmung als Zeuge zu unterziehen. Diese Inquisition in den Civilproceß einzuführen und durch dieselbe den bisher als gut bewährten Wissenseid des Deferenten zu ersetzen, ist gewiß keine Veranlassung vorhanden.

Im Gegentheile, würde dieser Zeugnißzwang eingeführt, so würde

Digitized by Google

gar häufig das gute Recht schutzlos bleiben, da der Beweispflichtige gar häufig lieber auf sein gutes Recht verzichten, als sich der Tortur der erzwungenen Vernehmung als Zeuge unterziehen würde.

Die Ersetzung des Eides des Deferenten durch den Zwang zur zeugeneidlichen Aussage desselben läßt sich aber noch aus einem weiteren, höchst wichtigen Grunde nicht befürworten.

Der Schiedseid dient nicht bloß zur Beschränkung des Beweisthemas und des Forschungsrechtes des Richters, sondern namentlich auch zur sicheren Herstellung eines vollen Beweises. Will man nicht zu dem Urkundenzwange des französischen Processes die Zuflucht nehmen, so muß man dem Beweispflichtigen ein Beweismittel in die Hand geben, welches ähnlich wie die öffentliche Urkunde — formell — voll beweisend wirkt. Wird nun dem Gegner des Beweispflichtigen das Recht gewährt, auf Grund der Delation des Schiedseides für seinen Widerspruch durch einen bloßen Calumnieneid Wirksamkeit und gewissermaßen einen vollen Beweis herzustellen, so fordert es die gleichmäßige Behandlung beider Parteien, daß auch dem Deferenten das Recht gewährt werde, auf Grund der Relation des Schiedseides durch seinen Wissenseid (Wahrheitseid) für seine Behauptung vollen Beweis herzustellen. Diese formelle Beweiskraft kann aber nur dem normirten Eide gewährt werden, denn die Zeugenaussage, welche die Partei auf Grund ihrer Befragung ablegt, muß der freien Beweiswürdigung des Richters überlassen werden. Will man also dem Beweispflichtigen nicht ein sicher wirkendes Beweismittel entreißen, so muß der Schiedseid beibehalten werden. Würde er beseitigt, so müßte der Urkundenzwang eingeführt werden, wenn man dem Rechtsverkehr nicht den sicheren Boden entziehen will.

Zieht es aber der Beweispflichtige vor — statt durch seine Disposition (und bezw. durch die Relation des Gegners) einen formellen Beweisgrund zur Anwendung bringen zu lassen — seine Vernehmung als Zeuge freiwillig anzubieten, um den Richter durch seine Aussage zu überzeugen, so liegt kein Grund vor, dieses Anerbieten als unzulässig zu erklären.

7. Zeugnißzwang gegen den Delaten.

Läßt sich die Erzwingung der Vernehmung als Zeuge auf Seiten des beweispflichtigen Deferenten, der doch durch sein Zeugniß einen vollen Beweis herstellen will, nicht rechtfertigen, so liegt um so weniger Grund zum Zeugnißzwange gegen den Delaten vor. Der Delat hat das Recht, vom Deferenten den Beweis zu fordern. Dieses Recht übt

Digitized by Google

er aus, indem er Widerspruch erhebt. Dieses Widerspruchsrecht würde aber ganz unzulässiger Weise geschmälert, sofern es nur dann zustände, wenn die widerspruchsberechtigte Partei bereit ist, sich der Tortur der Zeugenbefragung zu unterwerfen. Es ist aber auch ein circulus vitiosus vorhanden, wenn man die Partei, die das Recht hat, vom Gegner den Beweis zu fordern, verpflichten wollte, den geforderten Beweis durch ihr Zeugniß selbst zu liefern, indem man sie zwingt, sich so lange einer Seelenfolter unterziehen zu lassen, bis sie endlich auf ihr Beweisrecht verzichtet und durch ihr Geständniß für den Gegner einen Beweis liefert.

Ganz etwas anderes ist es, von ihr den Eid zu fordern, daß sie die Ueberzeugung, also die bona fides habe, ihre Negation entspreche der Wahrheit und sie halte die gegnerische Behauptung für nicht wahr, sofern man ihr damit zugleich den Vortheil bietet, daß auf Grund dieses Eides die gegnerische Behauptung für unwahr gehalten wird. Diesen Eid kann sie ohne Gewissensfolter leisten und es wird ihr dafür ein hoher Preis geboten. Kann sie ihn nicht leisten, so soll sie ihre Ignoranz durch Eid erhärten, oder den Schiedseid dem Gegner zurückschieben; nur muß sie in Folge ihrer Relation dulden, daß dem zurückgeschobenen Eide zu Gunsten des Gegners voller Glaube geschenkt werde.

Fierich will die zwangsweise eidliche Vernehmung des Delaten wesentlich zum Zwecke der Ersetzung des Glaubenseides des Delaten eingeführt wissen. Solange dieser Eid in der mystischen Form: „meiner Wissenschaft und Wohlbewußt“ und „meines Wissens und Erinnerns“ geleistet werden mußte, und solange Rechtsgelehrte darüber stritten und streiten, ob dieser Eid ein Wissens-, Nichtwissens-, Glaubens- oder Nichtglaubenseid sei, ist natürlich das Bedürfniß der Beseitigung eines solchen — Meineiden Thür und Thor öffnenden — Eides ein großes gewesen. Seitdem aber die deutsche Civilproceßordnung den Ueberzeugungseid klar und deutlich formulirt und demselben den Ignoranzeid in bestimmter Form entgegengestellt hat, ist meines Erachtens die Ersetzung des Glaubenseides durch das „klägliche Surrogat“ der erzwungenen eidlichen Vernehmung des Delaten entbehrlich geworden.

Schon bei der Berathung des norddeutschen Entwurfs einer C.P.O. wurde der Antrag, die Mißstände, die mit dem Eide des Delaten verbunden sind, dadurch zu beseitigen, daß man den Delaten als Zeugen in eigener Sache vernehme, ganz richtig mit der Motivirung abgelehnt, daß darin eine Verwirklichung der Inquisitionsmaxime gelegen wäre.

Zudem kommt, daß ja der Delat nicht beweispflichtig ist, und daß er nur seinem Widerspruch dadurch Wirksamkeit verschaffen soll, daß er

Digitized by Google

den Calumnieneid[21]) leiſtet, er habe den Widerſpruch bona fide erhoben, indem er die Ueberzeugung habe, daß das Beweisthema unwahr ſei.

Die gerechte Vertheilung von Licht und Schatten in dem Civilrechtsſtreite fordert es, daß nur der Behauptende ſeine Behauptung beweiſe: dem bloß Widerſprechenden darf nicht die ſchwere Beweislaſt oder die Zeugnißpflicht für die Unwahrheit der gegneriſchen Behauptung auferlegt werden. Es genügt, wenn er durch ſeinen Eid glaubhaft macht, daß er von ſeinem Widerſpruch nicht chicanös Gebrauch gemacht habe (vgl. Bähr S. 408 f.).

Der Eid des Delaten iſt kein Beweiseid. Denn wäre er Beweiseid, ſo müßte er ebenſo wie der Eid des Deferenten ein Wiſſenseid ſein, auch müßte dann das ganze Inſtitut der Beweislaſt und der Zeugnißpflicht eine gänzliche Umwälzung erdulden. Es müßte nämlich dann demjenigen, der einer gegneriſchen Behauptung widerſpricht, auch wenn der Gegner einen Beweis für dieſelbe nicht erbringen, ja nicht einmal anbieten würde, die Verpflichtung treffen, die Wahrheit ſeines Widerſpruches zu beweiſen, ſtrenge und ebenſo zu beweiſen, wie der Behauptende ſeine Behauptung beweiſen muß: dann würde aber das ganze Syſtem der Beweislaſt umgeſtoßen und der Satz actore non probante, reus absolvitur würde einfach über Bord geworfen, wodurch, wie Bähr (S. 398) treffend bemerkt, die geſammten Grundlagen unſerer Rechtsordnung auseinandergeſprengt würden. Auch würde dann der Satz, daß ein Zeuge unter beſtimmten Vorausſetzungen ſein Zeugniß verweigern dürfe, ohne deshalb einen Rechtsnachtheil zu leiden, gerade dort, wo er am meiſten die Feſthaltung erheiſcht, verletzt werden. Denn iſt es nicht eine Verletzung dieſes Satzes, dem zufolge die nächſten Verwandten, ebenſo wie der Verlobte, der Onkel oder Neffe einer Partei, oder der Schwager der verſtorbenen oder getrennten Ehegatten das Zeugniß ohne Rechtsnachtheil über Fragen verweigern dürfen, ſofern dieſe Perſon oder ihre oben erwähnten Angehörigen aus ihrer Antwort einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden leiden würden (§§ 348 f. C.P.O.): wenn die Partei ſelbſt aus dieſem Grunde die Ausſage nicht verweigern dürfte, ohne einen Rechtsnachtheil zu erdulden?

Hieraus iſt erſichtlich, daß der erzwungene, ohne Rechtsnachtheil nicht recuſirbare Eid des Delaten nicht ein Beweiseid, nicht ein

---

[21]) Zimmermann S. 429, Glaſer S. 115 f., Heyßler, Grünhut's Ztſch. 12 S. 62, Bähr, Jahrb. f. Dogm. 25 S. 407, Fierich S. 157 f. N. 21, 22.

Digitized by Google

erzwungenes Zeugniß über die streitige Thatsache sein könne. Er ist — wie er auch lautet — ein Eid über die Ueberzeugung, über die bona fides des Widersprechenden oder über seine Ignoranz. Also in beiden Fällen nicht ein Wissenszeugniß über die Wahrheit der rechtserzeugenden Thatsachen, sondern ein Eid über den Mangel der calumnia, der malitia, der Chicane.[22])

Er soll nur — wie Glaser (S. 115 f.) sagt — die vom Derenten „versuchte Beweisführung vereiteln", und dem Deferenten den Weg zu seinem Eide verlegen, durch welchen der Deferent für seine Behauptung einen vollen Beweis erbringen will.

Hat aber der Widersprechende nicht einen Beweis für die Unwahrheit der gegnerischen Behauptung zu erbringen, so kann von ihm auch nicht gefordert werden, daß er sich der Seelenfolter der Parteienvernehmung unterwerfe. Haben wir doch diese Folter selbst für den beweispflichtigen Deferenten als unzulässig erkannt, um wie viel unzulässiger muß sie dem Gegner gegenüber sein, der ja das Recht hat, vom Behauptenden den strengen Beweis zu fordern.

Aber dieses Recht der Beweisforderung kann chicanöse Anwendung finden, und diese soll hintangehalten werden, damit nicht die Lüge im Proceß die Oberhand nehme. Wenn vom Behauptenden der strenge Beweis gefordert wird, so fordert es die gerechte Vertheilung von Licht und Schatten im Processe, daß vom Leugnenden die Beschwörung seiner Ueberzeugung von der Unwahrheit der von ihm geleugneten Thatsache gefordert werde (vgl. Bähr S. 408 ff.). Wenn Kohler (Proceß als Rechtsverhältniß S. 80) mit Recht fordert, daß im Civilprocesse die Wahrheits- und Loyalitätspflicht ihre Sanction finde, so kann diese Sanction durch kein anderes Mittel gegeben werden, als durch die Beweispflicht des Behauptenden und durch die Verpflichtung des Leugnenden, auf Begehren des Behauptenden seinen Widerspruch durch den Ueberzeugungs- oder durch den Ignoranzeid zu bekräftigen (Canstein, Ztsch. f. d. C.P. 16. Bd. S. 527).

Der Ueberzeugungseid des Delaten genügt, um nun dem Beweispflichtigen den Weg zum Eide zu verlegen.

---

[22]) Strenge genommen liefert der nach § 424 d. C.P.O. geleistete Ueberzeugungs- und Ignoranzeid bloß einen Beweis über die „beschworene Thatsache" (§ 428), d. i. darüber, daß der Schwörende die Ueberzeugung habe oder nicht habe, aber nicht über das Beweisthema: denn beschworen ist nur die Thatsache, daß der Schwurpflichtige die Ueberzeugung habe oder nicht habe. Freilich geht aber aus den übrigen Normen der D.C.P.O. hervor, daß durch diese Eide für das Beweisthema und bezw. für dessen Unwahrheit voller Beweis geliefert wird.

Digitized by Google

Der Eid des Delaten ist aber andererseits als Calumnieneid nicht bloß nicht verwerflich, sondern geradezu nothwendig. Es wurde zwar von Becker (8. Juristentag, 2. Bd. S. 258 f.) behauptet, daß als Calumnieneid der Eid des Delaten an sich verwerflich sei, weil er ein Reinigungseid (?) von dem Verdachte (?) der mala fides ist, und daß schon diese Zumuthung für den ehrlichen Mann beleidigend sei. Wäre dem so, so müßte auch die Relation und überhaupt die Versagung des Glaubens für die Behauptung jeder der Parteien eine Beleidigung sein, und dürfte namentlich die Vorschrift des § 266 C.P.O. nie zur Anwendung gebracht werden. Es hat aber doch jede der beiden Parteien das gleiche Recht auf Glauben; wenn aber ihre Behauptungen sich feindlich gegenüberstehen, so muß doch jede die Gründe anführen, welche für ihre Behauptung sprechen. Der Behauptende muß für seine positive Behauptung strenge Beweisgründe liefern; der Widersprechende kann den Widerspruch, die Negation, also den Umstand, daß eine Thatsache nicht eingetreten sei, daß z. B. der A, sein Erblasser, ein Darlehen nicht erhalten habe, nicht direct beweisen, er könnte höchstens die Gründe anführen und beweisen, welche seine Ueberzeugung von dem Nichtbestande der vom Gegner behaupteten Thatsachen erzeugt haben.

Diese Beweisführung des Widersprechenden wäre aber — wenn man sie für die Wirksamkeit des Widerspruchs stets und unbedingt und zwar in erster Linie fordern würde — eine unnütze Verzögerung des Processes. Es könnte sie übrigens der Beweispflichtige nach dem bestehenden Rechte über die Vertheilung der Beweislast erst dann fordern, wenn er den positiven Beweis erbracht hat, weil ihn die Beweispflicht in erster Linie trifft. In diesem Falle ist auch in der That der Gegenbeweis nothwendig, wenn der Widerspruch wirksam sein soll. Hat der Beweispflichtige keinen Beweis, oder will er auf ihn verzichten, so ist es nur recht und billig, daß er sich mit dem Eide des nicht beweispflichtigen Gegners begnüge, daß er bona fide (oder wegen Ignoranz) die gegnerische Behauptung geleugnet habe. Diesen Eid muß aber der Delat leisten, wenn er will, daß ohne Beweis seiner Negation und nicht der Behauptung des Gegners Glauben geschenkt werde.

Wenn aber der Delat es vorzieht, anstatt den geforderten Ueberzeugungs- oder Ignoranzeid zu leisten, seine Vernehmung als Zeuge selbst zu fordern, so liegt kein Grund vor, ihm dies zu verweigern. Er thut es wesentlich, um sein Gewissen zu erleichtern, um nicht judex in propria causa zu sein; und für die Wahrheitsfeststellung ist es gewiß vortheilhafter, wenn der Delat seine Vernehmung anbietet. Dadurch verliert aber diese Vernehmung den Inquisitionscharakter. Sie ist nicht

Digitized by Google

ein erzwungenes, sondern ein freiwillig angebotenes Zeugniß. Und wie es den Angehörigen der Partei freisteht, auf das Recht der Zeugnißverweigerung zu verzichten, so kann dieser Verzicht auch der Partei selbst gestattet werden. Stellt sich nun aus der Vernehmung des Delaten als Zeugen heraus, daß er Gründe für seine Ueberzeugung von der Unwahrheit des Beweisthemas hat, so ist sein Zeugniß so anzusehen, als hätte er einen Ueberzeugungseid geleistet. Stellt sich seine Ignoranz heraus, so ist ihm freizustellen, auf dieser Grundlage die Eideszuschiebung zu recusiren und vom Gegner vollen Beweis zu fordern, welchen dieser eventuell auch durch die Anbietung seiner Vernehmung als Zeuge anbieten könnte. Stellt sich aber bei der Vernehmung des Delaten die Wahrscheinlichkeit der gegnerischen Behauptung heraus — ohne daß der Richter die volle Ueberzeugung von ihrer Wahrheit erlangt, so kann, wenn der Delat den Schiedseid nicht zurückschiebt, und der Deferent nicht sein Zeugniß oder einen anderen Beweis anbietet, der Richter noch immer auf den richterlichen Eid des Behauptenden erkennen.

In diesem Falle ist also die Sache etwas anders gestaltet, als dann, wenn der Delat einen Ueberzeugungs- oder einen Ignoranzeid leistet.

Denn leistet der Delat den geforderten Ueberzeugungseid, so ist die Sache erledigt. Es hat nämlich der Deferent durch die Delation des Schiedseides im Voraus auf den weiteren Beweis verzichtet, wenn der Beklagte seine bona fides, die Ueberzeugung von der Unwahrheit der gegnerischen Behauptung durch Eid bekräftigt.

Der Ignoranzeid soll aber nicht dieselbe Wirkung haben, wie der Ueberzeugungseid. Der Umstand allein, daß der Widersprechende von der gegnerischen Behauptung keine Kenntniß hat, darf dem Beweispflichtigen nicht das Recht rauben, den von ihm geforderten Beweis durch andere Mittel der Wahrheitsfeststellung zu erbringen, wenn sich eben die Eidesdelation als hiezu nicht geeignet darstellt. Den Widersprechenden siegen zu lassen, weil er Nichts weiß, ist m. E. logisch und rechtlich nicht zu rechtfertigen.

Schließlich möchte ich noch auf ein ausgezeichnetes Mittel zur Hintanhaltung von Lügen seitens des Gegners des beweispflichtigen Anspruchstellers hinweisen, welches das österr. Civilproceßrecht dem Beweispflichtigen an die Hand giebt.[22a]) Es kann nämlich der Gegner des

[22a]) Lügen während der Civilproceß-Verhandlung mit Geld- und Arreststrafen hintanhalten zu wollen, wie dies Klein S. 107 ff. (vgl. auch Schneider S. 35) empfiehlt, hieße den Krebs mit Nadelstichen curiren wollen. Diese Lügen können nur durch die Beweislast und die Verpflichtung, den Delateneid — in unserem

Digitized by Google

Behauptenden nicht bloß einfache Widersprüche (Behauptung des contradictorischen Gegentheils), sondern auch sog. motivirte Widersprüche (Behauptung des conträren Gegentheils) vorbringen, indem er neue Thatsachen als Ergänzungen und Berichtigungen der Behauptung des Anspruchstellers behauptet. Damit nun nicht zur Ergänzung und Berichtigung lügenhafte Behauptungen vorgebracht werden, bestimmt § 206 der allg. österr. und § 279 der westgal. Ger.-Ordg., daß wenn der beweispflichtige Anspruchsteller dem Gegner über diesen motivirten Widerspruch den Schiedseid zuschiebt, der Delat über jene Thatsachen, die er — als Ergänzungen und Berichtigungen (§ 6 beider G.O.) — selbst vorgebracht hat, einen Wahrheitseid schwören muß, und daß daher bezüglich dieser Thatsachen ein bloßer Ueberzeugungseid nicht genüge, um dem motivirten Widerspruch Wirkung zu verschaffen. Würde dieses Mittel zur Hintanhaltung von Lügen recipirt, so dürfte dem Delaten nicht gestattet werden, den über Ergänzungen und Berichtigungen aufgetragenen Wahrheitseid durch den Ignoranzeid zu vertreten, sondern es müßten diese Ergänzungen und Berichtigungen, wenn sie nicht durch den deferirten Wahrheitseid bekräftigt werden, ohne alle Wirkung — also unbeachtet — bleiben, und es wäre der Behauptung des Beweispflichtigen, insofern dieselbe nicht auch einfach negirt ist, voller Glaube zu schenken. Wäre aber die Behauptung des Beweispflichtigen — Deferenten — überdies einfach negirt, so hätte der Delat bezüglich dieses einfachen Widerspruchs die Wahl zwischen dem Ueberzeugungs- und Ignoranzeid, und bezw. auch der Eideszurückschiebung.

8. Das Recht auf zeugeneidliche Vernehmung.

Bisher hat man an dem Satze festgehalten, daß die Partei nicht zugleich Zeuge sein kann. Langsam hat sich aber der Satz concreter gestaltet, und man kommt immer mehr zur Ueberzeugung, daß bloß der

---

Falle als Wahrheitseid — zu leisten, hintangehalten werden. Strafen, aber dann strenge Strafen eines Verbrechens, sollen nur dann verhängt werden, wenn die Partei als Zeuge unter Wahrheitspflicht (u. Eid) eine falsche Aussage ablegt. Coërcitivmaßregeln (Geldstrafen u. s. w.) zur Erzwingung der Wahrheit während der Verhandlung würden nur als Inquisitionsmittel dienen, und schließlich doch ohne Erfolg bleiben. Ich glaube nicht, wie Schneider behauptet, daß die Lüge als Eigenwille „geschützt" werden soll, aber jedenfalls duldet es die Verhandlungsmaxime nicht, daß der Richter — wie Schneider will — Inquisitor sei. Lügen, die vom Gegner bestritten sind, sind an sich unschädlich, wenn sie nicht durch den Eid bekräftigt werden. Ist dies geschehen, so hat der Strafrichter, aber nicht der Civilrichter mit Strafen einzuschreiten. Läßt aber der Gegner die Lügen gelten, so ist der Civilrichter daran gebunden. Dies fordert die Verhandlungsmaxime.

Digitized by Google

Zeugnißzwang in dem Sinne, daß die Partei wie jeder unbetheiligte Dritte sich einer eidlichen Vernehmung als Zeuge unterziehen lassen müsse, mit der Parteistellung unvereinbar sei. Und dieser Satz ist gewiß vollkommen begründet, denn wenn Angehörige einer Partei das Zeugniß verweigern können, ohne einen Rechtsnachtheil befürchten zu müssen, sofern sie durch ihre Aussage sich oder der Partei einen vermögensrechtlichen Nachtheil verursachen würden, so muß doch umsomehr der Partei dieses Recht der Zeugnißverweigerung zuerkannt werden. Die einzige Concession, die man schon frühzeitig machte, bestand darin, daß man den Parteien gestattete, von einander gegenseitig zu fordern, daß jeder einfach seine Behauptung oder seinen Widerspruch durch Eid bekräftige, wie denn auch dem Richter gestattet wurde, einen solchen Eid von den Parteien zu fordern.

Wenn aber auch der Zeugnißzwang in dem Sinne sich nicht rechtfertigen läßt, daß die Parteien sich als Zeugen vernehmen lassen, so steht kein Bedenken dem entgegen, daß die Parteien auf ihren Antrag als Zeugen verhört werden. Man darf nicht Jedem, der seine Aussage unter Eid ablegen will, den Verdacht in das Gesicht schleudern; du willst eine falsche Aussage machen, wenn du dich selbst zum Zeugen in eigener Sache aufwirfst. Denn so schlecht ist die Menschheit und die Mehrzahl der Menschen nicht. Im Allgemeinen hat doch jeder Mensch das Recht zu fordern, daß seiner Aussage so lange Glauben geschenkt werde, als er sich dieses Rechtes nicht verlustig gemacht hat. Und da während der Verhandlung der Gebrauch von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln und namentlich auch vom Widerspruchsrechte unabhängig von der Wahrheitspflicht freisteht, so kann doch jede Partei auch fordern, daß man ihre Offerte zur Wahrheitspflicht acceptire, und dann, wenn sie unter Wahrheitspflicht etwas aussagt, ihrer Aussage Glauben schenke, insofern die Glaubwürdigkeit derselben nicht zweifelhaft oder erschüttert ist. Wenn man den noch so interessirten nächsten Angehörigen der Partei diesen Glauben schenkt, so liegt kein Grund vor, ihn der Partei von vornherein zu versagen: zumal ja durch die allgemeine Strafsanction der falschen Aussage — welche der Partei vielleicht mehr gefährlich ist, als anderen Zeugen — die Wahrheit der Aussage so gut als überhaupt möglich gesichert ist, wenn schon die Wahrheitsliebe, die Ehren- und Gewissenhaftigkeit sowie der religiöse Glaube nicht hinreichende Garantien bieten sollten.

Fürchtet man die Profanirung des Eides, so schaffe man ihn ganz ab — und lasse die Strafsanction für die falsche Aussage allein als Garantie der Wahrheitspflicht, oder man ermächtige den

Digitized by Google

Richter nach seiner freien Ueberzeugung bezüglich des religiösen Glaubens der betreffenden Partei, von ihr den Eid in vorhinein oder nachträglich allenfalls unter vorhergehendem ausdrücklichen Vorbehalte des Eides abzunehmen; oder man bestimme wenigstens, wie das österr. Gesetz über das Bagatellverfahren, daß die zweite Partei regelmäßig unter ausdrücklichem Vorbehalte ihrer Beeidigung und unter Verpflichtung zur Wahrheit und Androhung der Straffanction — vorläufig unbeeidet vernommen werde. Auch könnte scrupulösen Parteien gestattet werden, statt der Eidesablegung eine eidesstättige Versicherung abzugeben. Natürlich könnte auch die Gegenpartei stets auf die Beeidigung des zu Vernehmenden verzichten.

Auf den Eid kommt es bei der Vernehmung der Parteien als Zeugen nicht so sehr an, als auf ihre Wahrheitspflicht und auf die Straffanction für die falsche Aussage. Ja es könnte, wenn die Abnahme des Eides bei der Vernehmung der Parteien als Zeugen dem richterlichen Ermessen überlassen, oder ganz als überflüssig erklärt würde, dieser Umstand jener Parteien, welche sich überhaupt scheuen, Parteieneide zu leisten, eine erwünschte Erleichterung bilden, und sie würden dann statt des normirten Schiedseides gar oft ihre Vernehmung als Zeuge unter Wahrheitspflicht und Straffanction anbieten. Wird aber die Wahrheitspflicht und die Straffanction für die falsche Aussage statuirt, so hat meines Erachtens jede Partei das Recht zu fordern, daß ihrer Aussage Glauben geschenkt werde, wenn sie dieselbe unter Uebernahme der ihr sonst im Civilprozesse nicht direct auferlegten Wahrheitspflicht abgeben will. Freilich kann sie nicht fordern, daß ihr unbedingter Glaube geschenkt werde — wie Wach (Kr. Vierteljahresschrift 18 S. 366) will — weil man ja auch dritten ganz unbedenklichen Zeugen nicht unbedingt, bloß deshalb, weil sie einen Eid geschworen, auch Unglaubwürdiges und Unwahres glaubt; aber sie kann fordern, daß man ihr nach Maß der Glaubwürdigkeit der Aussage und der Person Glauben schenke. Gewiß ist der als Zeuge vernommenen Partei nicht bloß dann Glauben zu schenken, wenn sie gegen sich aussagt, sondern grundsätzlich ebensoviel, wenn sie zu ihren Gunsten aussagt; aber man darf sich nicht scheuen, auch der eidlichen Aussage bald mehr, bald weniger Glauben zu schenken. Denn unrichtig ist es, zu behaupten, daß jede Mißachtung der der vernommenen Partei günstigen eidlichen Aussage den indirecten Vorwurf des Meineides enthält. Wird doch selbst unbefangenen eidlich vernommenen Zeugen nicht Alles — ohne weitere Prüfung — geglaubt und doch wird Niemand in dieser „Mißachtung" der Zeugenaussage sofort den Vorwurf

Digitized by Google

des Meineides finden. Umsoweniger bei der Partei, welche sich stets gefallen lassen muß, daß der Richter jeder der beiden Parteien gleichen Glauben schenke und daß er manche Erklärung als — wenn auch bona fide, so doch — subjectiv gefärbt erkläre, da doch sonst seine unparteiische Entscheidung nicht möglich wäre. Es muß eben davon ausgegangen werden, daß die Parteien, die direct sich widersprechende Behauptungen aufstellen, den Richter deshalb über die Wahrheit entscheiden lassen, weil sie beide von der Wahrheit ihrer Aussagen überzeugt sind und trotzdem mehr oder weniger widersprechende Behauptungen aufstellen. Hier handelt es sich also nicht um die Feststellung eines Meineides, sondern um die Herausschälung der Wahrheit aus der Schale der subjectiven Färbung derselben, welche trotz bona fides, trotz Bewußtseins des Wahrheitsgefühles und trotz der Wahrheitsliebe doch großentheils — ja regelmäßig unvermeidlich ist.

Wenn der Richter nur immer den Meineid fürchtet, oder gar sucht, wird er freilich nicht die Wahrheit aufdecken, wenn er aber nur die Wahrheit sucht, so wird er sie endlich finden und sich zugleich überzeugen, daß trotz vorhandener Divergenzen in den Aussagen ein Meineid nicht vorliegt. Wenn aber der Civilrichter diese Ueberzeugung erlangt, so kann dann der Strafrichter, wenn nicht neue Beweise vorgebracht werden, auch nicht einen Meineid feststellen.

Es werden übrigens die Fälle, in denen beide Theile ihr Zeugniß thatsächlich anbieten werden, zu den Ausnahmefällen gehören, und auch da werden sie wesentlich auf den Fall beschränkt sein, wenn jede Partei andere Indizien zu ihren Gunsten mit dem Anspruch auf Glauben vorbringen will. Würde die Erzwingung des Zeugnisses auf Antrag des Gegners gesetzlich zugelassen, dann würde es wohl öfter vorkommen, daß jede Partei zunächst die Vernehmung des Gegners fordern und dann zur Widerlegung der Aussagen desselben das eigene Zeugniß anbieten würde. Aber wird der Zeugnißzwang ausgeschlossen, so wird in der Regel bloß der Beweispflichtige und der Gegner nur im Falle der Eideszuschiebung sich zum Zeugnisse anbieten: und zwar der Beweispflichtige wenn er die Wahrheit des Beweisthemas — insbesondere auf Grund eigener Wahrnehmung — ohne die ihm im concreten Falle gefährlich scheinende Eideszuschiebung an den Gegner beweisen zu können hofft; der Delat dagegen, wenn er gewissenhaft ist und über die Zweifel, ob das Sachverhältniß unter das abstract formulirte Eidesthema sich subsumiren lasse, nicht selbst entscheiden will, oder wenn die Delatenseite aus Streitgenossen, juristischen oder sonst eidesunfähigen Personen besteht. So wird also voraussichtlich die eidliche Parteien-

Digitized by Google

vernehmung in jenen Fällen stattfinden, in denen die Eideszuschiebung bedenklich ist.

Wir werden dann folgende vier Formen des Parteizeugnisses haben: 1. den vom Gegner geforderten Schiedseid, 2. die von der zu vernehmenden Partei selbst angebotene eidliche Vernehmung, 3. den allenfalls auf Antrag einer Partei — insbesondere des Beweispflichtigen — vom Richter auferlegten Notheid, und 4. außerdem das jus jurandum conventionale, wenn beide Parteien sich darauf einigen.

Dabei könnte der Schiedseid ebenso wie der Vertragseid als maximum remedium expediendarum litium in jedem Proceßstadium sofort zur Beendigung des Streites über die Wahrheit von Thatsachen dienen, wenn er als wahrer Dispositionsact behandelt würde, während die Vernehmung der Parteien als Zeugen, ebenso wie der Notheid an das Ende der angebotenen Beweisführung gehören, sofern es sich nicht um die Vernehmung des Delaten handelt, der sie statt seines Eides anbietet. Würde vom Delaten ein Ignoranzeid geschworen, so müßte dann noch das Beweisverfahren folgen.

Auf diese Art wird das Parteizeugniß vollständig ausgenützt und dem concreten Falle entsprechend gestaltet. Während bei unbetheiligten Personen das Zeugniß stets auf dieselbe Art, in derselben Form entgegengenommen werden kann, muß bei den Parteien auf ihre Parteistellung Rücksicht genommen und die concrete Gestaltung des Zeugnisses dem concreten Falle entsprechend geregelt werden. Der Fortschritt des Rechtes überhaupt und des Civilproceßrechtes insbesondere liegt eben in der Specialisirung, welche für jene Fälle, für welche die Anwendung der abstracten allgemeinen Norm hart ist, besondere dem speciellen Falle entsprechende, billigrechtliche Normen schafft.

In der Zulassung der Anbietung des eigenen Zeugnisses läge übrigens nur eine Fortbildung des germanischen Grundsatzes, daß die Partei das Recht habe zu fordern, daß das Gericht ihrer unter Wahrheitspflicht abgelegten Aussage auch dann Glauben schenke, wenn sie einseitig — ohne die römisch-rechtliche Delation und ebenso ohne die vertragsmäßige Zustimmung des Gegners — anbietet.

Freilich hört man gar oft das Urtheil, daß dem selbstangebotenen Zeugnisse noch viel weniger Kraft beizumessen sei, als dem vom Gegner geforderten und erzwungenen Parteizeugnisse. Aber eben deshalb soll das selbstangebotene Zeugniß mit anderen Garantien verbunden werden, damit es wirklich der Wahrheit entspreche. Und solche Garantien sind eben einerseits die durch die Vernehmung und Befragung der Partei gebotene Gelegenheit, die Glaubwürdigkeit ihrer

Digitized by Google

Person und ihrer Aussage zu prüfen, und überdies die Eröffnung der Möglichkeit, daß auch der Gegner seine Vernehmung unter Wahrheitspflicht fordere und durch seine Aussage die Beweiskraft der Aussage des zuerst Verhörten erschüttere.

9. Gefahren bei der zeugeneidlichen Vernehmung.

Die Motive zu der deutschen C.P.O. haben die Vortheile der Parteienvernehmung namentlich dahin zusammengefaßt, daß sie der Feststellung der materiellen Wahrheit dient und die Nachtheile hebt, welche bezüglich des Schiedseides bei Streitgenossen, gesetzlichen Vertretern und Meineidigen sowie durch den Wegfall des Schwurpflichtigen vor Leistung des Eides entstehen können. Trotzdem wurde die Parteienvernehmung nicht aufgenommen, weil sie zur Inquisition führen muß, weil ferner das Benehmen der Partei mehr ins Gewicht fallen würde, als gerecht wäre, und weil unlösbare Verwicklungen entständen, wenn Eid gegen Eid zu stehen käme.

Das Inquisitionsmoment wird beseitigt, wenn jede Partei nur auf ihr Begehren als Zeuge in eigener Sache vernommen wird. Das römische Recht versagte den Parteien das Recht, ihren eigenen Eid, ihr eigenes Zeugniß anzubieten. Das germanische Recht gab hingegen dieses Recht in der Regel dem Beklagten, der unter bestimmten Voraussetzungen das Recht hatte, durch seinen Unschuldseid sich von der Klage loszuschwören. Bei handhafter That und bei geringfügigen Forderungen konnte übrigens auch der Kläger seinen Eid anbieten. Um dabei den Meineid möglichst hintanzuhalten, waren bestimmte Formen vorgeschrieben, welche den Eid zu begleiten hatten. Richtiger ist es aber in einem solchen Falle — statt an leeren Formen zu halten — die materielle Wahrheit durch den Richter prüfen zu lassen und zu diesem Behufe die Partei wie jeden anderen Zeugen zu behandeln. Hierbei wird der Richter das Benehmen der Partei nicht anders würdigen als das Benehmen eines jeden anderen Zeugen. Es heißt meines Erachtens den Richterstand beleidigen, wenn man sagt, es werde bei der Würdigung der Parteizeugnisse das Gericht den Satz zum Prinzip erheben, daß auf Seiten des gewandten Rabulisten die Wahrheit, auf Seiten des bescheidenen ängstlichen Menschen die Unwahrheit liege. (8. Juristentag 2. Bd. S. 306.) Jedenfalls ist es der Feststellung der materiellen Wahrheit förderlicher, wenn dem Richter Gelegenheit gegeben wird, die Glaubwürdigkeit der Partei und ihre Aussage zu prüfen, als ihren Eid ohne jede Prüfung als vollbeweisend zu erklären.

Digitized by Google

Der einzig übrig bleibende Einwand ist also die Gefahr von Verwicklungen, wenn Eid gegen Eid zu stehen kommt. Diesfalls müssen wir — mit Glaser (S. 147) und Fierich (S. 177 ff.) — wesentlich folgende Fälle auseinander halten:

a) Beide Parteien können auf Grund eigener Wahrnehmung aussagen;

b) der Beweisführer allein;

c) der Gegner allein;

d) keine Partei ist in dieser Lage.

Hierbei wollen wir von dem Satze des österreichischen Rechtes — im Bagatellverfahren — ausgehen, daß grundsätzlich beide Parteien als Zeugen zu vernehmen sind, hier jedoch vorausgesetzt, daß sie sich hierzu freiwillig erbieten.

Fierich hat, wie ich glaube, nicht ganz mit Unrecht, die Ansicht ausgesprochen, daß in der Regel die zuerst vernommene Partei den Proceß halb gewonnen habe, da es für die zweite Partei sehr gefährlich ist, sich als Zeuge vernehmen zu lassen, selbst wenn die zuerst vernommene Partei direct falsch ausgesagt hat, und ihr Gegner im Stande ist, aus eigener Wahrnehmung das Gegentheil bezeugen zu können.

Wenn dem so ist, so muß der Richter, wenn sich beide Parteien als Zeugen anbieten, zuerst feststellen, wer näher zum Beweisrechte stehe. Vor Allem müßte das Zeugniß auf Grund eigener Wahrnehmung den Vorzug gewähren. Wenn beide Theile gleiche Kenntniß haben, so hat jener den Vorzug, welcher positiv als der glaubwürdigere erscheint, wobei die Glaubwürdigkeit namentlich auch durch eine vorhergehende Vernehmung (Befragung) der Parteien ohne Eid und ohne Wahrheitspflicht geprüft werden kann und soll. (Vgl. §§ 26 u. 60 Abs. 2 öst. Bag.-Verf.) Wenn aber nicht diese Umstände den Ausschlag geben, so wäre jedenfalls der Gegner des Beweispflichtigen dem Beweise näher, so wie im germanischen Processe der Beklagte und wie im römischen Processe der Delat. Das österreichische Recht giebt in der Regel dem Beweispflichtigen den Vortritt. Ich halte diesen Grundsatz schon deshalb nicht für richtig[23]), weil der Beweispflichtige

[23]) Harrasowsky S. 363 rechtfertigt die Abweichung des österr. Gesetzes über das Bagatellverfahren von der englischen Anschauung damit, daß die Grundsätze über die Vertheilung der Beweislast fordern, daß der Beweisführer zuerst zu vernehmen sei; ich glaube, daß gerade dieser Grundsatz fordern würde, den Gegner zuerst zu vernehmen.

Digitized by Google

zunächst durch andere Beweismittel als durch sein eigenes Zeugniß den Beweis zu erbringen hat, da das eigene Zeugniß das schlechteste oder doch das bedenklichste Beweismittel ist, und ein anderes Beweismittel ist für ihn eben jedes Zeugniß eines Dritten von ihm Verschiedenen — also auch jenes des Gegners. (Vgl. auch Bähr S. 406.)[24])

Würde die Reihenfolge der Vernehmung also derart geregelt, daß die eigene Wahrnehmung, sohin die Glaubwürdigkeit und schließlich der Umstand den Vortritt gewähren würde, daß der Gegner beweispflichtig ist, so würde sich die Sache nachstehend gestalten:

a. Können beide Theile auf Grund eigener Wahrnehmung aussagen, so wird der Richter, wenn er keinen Grund hat, die betreffende Partei (z. B. einen Meineidigen) für minder glaubwürdig zu halten den Gegner des Beweispflichtigen zuerst vernehmen. Würde diese ein direct falsches Zeugniß ablegen, so steht es dem Beweispflichtigen noch immer frei, durch sein eidliches Zeugniß der Wahrheit zum Siege zu verhelfen. Beim Schiedseide hätte er diese Möglichkeit nicht. — In der Regel wird aber jede Partei dasselbe Sachverhältniß subjektiv gefärbt bezeugen, weil in der Regel jede Partei im Rechte zu sein glaubt und der Meinung ist, die Thatsache genauer und vollständiger im Gedächtniß behalten zu haben, als der Gegner. Insoweit nun die beiden Aussagen sich nur wegen dieser subjectiven Färbung der Thatsache entgegenstehen, liegt ein Meineid auf keiner Seite vor, weil der dolus mangelt. Sache des Richters ist es nun, die in der Mitte liegende Wahrheit herauszuschälen aus der Schale der subjectiven Färbungen. Ist der Richter nicht im Stande, die reine Wahrheit herauszufinden, so muß er den Satz zur Anwendung bringen: actore non probante reus absolvitur. Würde er aber finden, daß eine Partei wissentlich die Unwahrheit über die entscheidenden Thatsachen bestätigt habe, so wird er — wenn er hierfür Beweise hat, den Strafproceß einleiten lassen. Dieser Fall tritt jedoch — wie die neuere Praxis in Oesterreich bezeugt — höchst selten ein. Wegen Divergenzen in nicht entscheidenden Thatsachen oder gar in nicht entscheidenden Behauptungen wird aber ein Strafproceß nicht mehr, wie es anfangs nach Einführung des Bagatellverfahrens in Oesterreich und früher in England häufig geschah, eingeleitet werden: denn wie dritte nicht interessirte Zeugen in ihren Aus-

[24]) Bähr S. 406 sagt: Zum Eide zunächst berechtigt ist die Partei, welche vom Beweise frei ist. Ich halte dies für ganz richtig, glaube aber nicht, daß die Lehre von der Beweislast „in die Luft gesprengt würde", wenn der Richter die andere Partei zuerst zum Eide zuließe.

Digitized by Google

sagen — auch vor dem Strafgerichte — häufig differiren und darum doch nicht sofort in strafgerichtliche Untersuchung gezogen werden, so muß es auch bezüglich der Parteien als Zeugen gehalten werden.

Gleiches gilt auch von Berichtigungen, namentlich wenn sie in Folge der Unterstützung des Gedächtnisses des Vernommenen von diesem freiwillig bei der Beweisaufnahme vorgenommen werden.

b. Hat der Beweisführer allein die Möglichkeit, auf Grund eigener Wahrnehmung auszusagen, so wird selbst, wenn er minder glaubwürdig ist, als der Gegner, er zuerst zu hören sein. Dies fordert die Regel vom besten Beweise. Die mehr unmittelbare Wahrheitsfeststellung verdient unbedingt den Vorzug vor der minder unmittelbaren, wie das Original, wenn es auch bedenklich ist, vor der Abschrift, der Augenzeuge vor dem Zeugen von Hörensagen den Vorzug verdient. Dieser Fall erregt deshalb Bedenken, weil dann gar leicht ein Unberechtigter, der sich nicht scheut, einen Meineid zu schwören — wenn ihm nicht bewiesen werden kann, daß er einen Meineid geschworen habe — Ansprüche erdichten und durch seinen Eid sofort auch den Beweis dafür erbringen könnte. Der Gegner wäre wehrlos, weil sein Zeugniß, das sich nicht auf unmittelbare Wahrnehmung stützt, an sich minderwerthig ist, als das — angeblich — auf eigene Wahrnehmung des Anspruchstellers gestützte Zeugniß desselben. Namentlich wären Klagen aus angeblichen Forderungen gegen den Erblasser, auf Grund des Zeugnisses des Klägers leicht durchzusetzen, und es würde die Beweislast geradezu umgekehrt, wenn der Beweispflichtige sich erböte, seine Behauptungen durch sein Zeugniß zu erweisen, weil dann der Gegner den Beweis der Unwahrheit der Behauptung des Beweispflichtigen liefern müßte. Demgegenüber ist hervorzuheben, daß in Oesterreich sich diese Gefahr nicht verwirklicht hat, obgleich hier der Satz allgemein gilt, daß der Beweispflichtige grundsätzlich zuerst zu vernehmen ist. Selbstverständlich wird der Richter in einem solchen Falle kritischer zu Werke gehen, als in anderen Fällen des Parteienzeugnisses und nicht bloßen Behauptungen, ohne Anführung von unterstützenden Thatsachen Glauben schenken. Dem Gegner steht es aber frei, Thatsachen vorzubringen und wenigstens glaubhaft zu machen, welche die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses des beweispflichtigen Anspruchstellers erschüttern. Ist diese Glaubwürdigkeit erschüttert, wenn auch nicht ganz aufgehoben und die Beweiskraft dieses Zeugnisses daher gemindert, so wird der Richter entscheiden: actore non probante reus absolvitur. Die Erschütterung der Beweiskraft dieses Zeugnisses kann auch dadurch erfolgen, daß der

Digitized by Google

Gegner als Zeuge in eigener Sache, die Wahrheit von Thatsachen — Indizien — bezeugt, welche mit dem gegnerischen Zeugnisse unvereinbar sind.

c. Kann nur der Gegner des Beweispflichtigen auf Grund eigener Wahrnehmung aussagen, so kommt er zunächst zur Vernehmung. Hier ist wieder für den beweispflichtigen Anspruchsteller die Gefahr vorhanden, daß sich der Gegner durch seine falsche Aussage von seiner Verpflichtung zur Befriedigung des gegnerischen Anspruchs befreien kann. Diese Gefahr ist aber bedeutend geringer als bei der Eideszuschiebung, wo er diesen Effect durch seinen Glaubenseid — also ohne sich der richterlichen Prüfung unterziehen zu müssen — erzielen kann. Freilich setzt die Eideszuschiebung eben die Delation, eine Disposition und Vertrauenskundgebung des Anspruchstellers voraus, was ich bei der Zulassung des eigenen Zeugnisses jeder Partei, nicht voraussetze. Hat aber der Anspruchsteller andere Beweise, so wird er sie vorführen. Mangeln ihm jedoch solche — so muß er auch sonst zur Eideszuschiebung die Zuflucht nehmen, weil er sonst seinen Anspruch nicht durchsetzen kann; ob aber in einem solchen Falle er die Eideszuschiebung ergreift, oder ob der Gegner sein Zeugniß anbietet, ist ihm schließlich im Endresultate gleich. Ja im Gegentheile, es ist für ihn vortheilhafter, wenn der Gegner als Zeuge vernommen wird, weil der Richter hier das falsche Zeugniß erkennen und als solches seiner Entscheidung zu Grunde legen kann, während er, wenn der zugeschobene Eid ein Meineid ist, dies nicht untersuchen, feststellen und der Entscheidung zu Grunde legen kann. Zudem hat aber der Beweispflichtige die Möglichkeit, durch sein, in zweiter Linie entgegengenommenes Zeugniß wenigstens Indizien beweisen zu können, welche die Wahrheitsfeststellung des Beweisthemas ergänzen oder — namentlich, wenn sich die Aussagen des Gegners als lügenhaft herausstellen, vollständig erbringen können, während er bei der Eideszuschiebung diese Möglichkeit nicht hätte. Uebrigens kommt der Gegner des Beweispflichtigen selten in Gelegenheit, sein Zeugniß zuerst anzubieten, weil er ja den Beweis des Beweispflichtigen abwarten kann, da doch dieser abzuweisen ist, wenn er seine Behauptung nicht beweist. Nur im Falle der Eidesdelation wird gegebenenfalls der Delat statt den Delateneid zu leisten, sein Zeugniß anbieten.

d. Kann endlich kein Theil das Zeugniß auf Grund eigener Wahrnehmung ablegen, so kann jeder Theil nur Indizien durch sein Zeugniß feststellen. Zunächst wird der Gegner des Beweispflichtigen (wenn er nicht minder glaubwürdig ist, als dieser) vernommen. Dem Beweis-

Digitized by Google

pflichtigen droht keine Gefahr, mit den Aussagen des Gegners in Conflict zu kommen, wenn er andere Indizien zu bestätigen im Stande ist, welche zu seinen Gunsten sprechen. Würde er aber dieselben Indizien zum Inhalte seiner Aussage machen müssen, so liegt die Sache nicht anders als in dem Falle, wo beide Theile über das entscheidende Beweisthema auf Grund eigener Wahrnehmung aussagen. Will der Beweispflichtige sich der Vernehmung als Zeuge nicht unterziehen, so droht ihm kein größerer Nachtheil, als in dem Falle, daß der Gegner den deferirten Glaubenseid — oder den Ignoranzeid — geschworen hat. Er hat aber, wenn er seine Vernehmung wünscht, den Vortheil, daß er möglicherweise durch sein Zeugniß den ihm mangelnden Beweis erbringen kann.

Wir sehen aus dem Gesagten, daß die Gefahr, daß sich Eid gegen Eid stellt und Meineide gehäuft werden, nicht so groß ist, als befürchtet wird. Diese Gefahr wäre aber noch geringer, wenn der Richter nach der eidlichen Vernehmung einer Partei die entscheidenden Thatsachen zusammenfassen und schließlich die vernommene Partei befragen würde, ob diese Thatsachen sämtlich wahr oder unwahr seien und ob der Vernommene nicht noch eine Ergänzung oder Berichtigung nothwendig finde, wobei ihm zu erklären wäre, daß er wegen einer solchen Ergänzung oder Berichtigung, wenn er dieselbe freiwillig vornimmt, nicht strafbar werde, und daß die Strafbarkeit nur dann eintritt, wenn die Unwahrheit seiner Aussage später nachgewiesen würde.

Meineide können übrigens ebenso auch sowohl vom Deferenten, als auch vom Delaten geschworen werden.

Freilich wird durch den Mechanismus der Eidesdelation für den Deferenten seltener Gelegenheit zum Meineide geboten sein, als bei der eidlichen Parteienvernehmung, wo beide Parteien unter Eid aussagen können: dafür ist aber die Verlockung zum Meineide auf Seiten des Delaten, der zudem viel häufiger, weil stets in erster Linie zum Eide kommt, eine viel größere, als bei der eidlichen Vernehmung der Parteien: denn einerseits geht der Gegner des Beweispflichtigen bei der eidlichen Vernehmung die Gefahr ein, daß der Beweispflichtige durch seine eidlichen Aussagen die falsche Aussage des Gegners beweisen kann, außerdem aber besteht für ihn die Gefahr, daß er sich selbst in Widersprüche verwickeln und die Unwahrheit seiner Aussagen an das Tageslicht fördern kann, während er diesen Gefahren beim Schiedseide als Delat entgeht.

Uebrigens sei bemerkt, daß in Oesterreich die falschen Aussagen der Parteien als Zeugen im Bagatellverfahren unbedingt nicht häufiger

Digitized by Google

vorkommen, als Meineide, welche in Folge der Eideszuschiebung geschworen werden. So wurden z. B. im ganzen Landesgerichtssprengel Graz in den letzten fünf Jahren (seit Beginn des Jahres 1886 bis 16. März 1892) bloß zwei Straferkenntnisse wegen falscher eidlicher Aussage im Bagatellverfahren, und neun Straferkenntnisse wegen Parteien-Meineides in den übrigen Verfahrensarten, in denen Eideszuschiebung Platz greift, gefällt.[25])

Fierich glaubt, die eidliche Vernehmung der Parteien sei auch gegen ihren Willen zu erzwingen. Er will namentlich den Delaten und zwar sowohl dann, wenn er keine Kenntniß aus eigener Wahrnehmung hat (b), als auch dann, wenn er allein aus eigener Wahrnehmung Kenntniß hat (c), und überdies beide Parteien, wenn sie beide keine Kenntniß aus unmittelbarer Wahrnehmung haben (d), als Zeugen vernommen wissen. Haben beide Theile Kenntniß aus unmittelbarer Wahrnehmung (a), so will Fierich nur den Schiedseid zulassen. In dem Falle schließlich, daß der Beweispflichtige allein Kenntniß aus unmittelbarer Wahrnehmung hat (b) und sein Zeugniß anbietet, will er die Zulassung oder Ausschließung der Parteienvernehmung in die Hände des Richters legen.

Eine eingehende Widerlegung der bezüglichen Ausführungen Fierich's würde zu weit führen. Ueberdies ist aber auch mein Ausgangspunkt ein anderer, als jener Fierich's, der die zeugeneidliche Vernehmung namentlich nur behufs Ersetzung des Delateneides eingeführt, und wenn sich Eid gegen Eid stellen könnte (a), ausgeschlossen wissen, außerdem aber die eidliche Vernehmung erzwingen will. Ich hebe deshalb vorerst nur hervor, daß ich mit Fierich insofern übereinstimme, als er dem Delaten das Recht gewähren will, statt der Leistung des deferirten Schiedseides seine Vernehmung als Zeuge anzubieten.

Widerlegen will ich nur den Satz, daß in dem Falle, daß beide Theile Kenntniß aus unmittelbarer Wahrnehmung haben (a), ein Grund zur Ausschließung der zeugeneidlichen Vernehmung vorliegt, wenn sich hierzu beide Theile erbieten, oder auch nur ein Theil darauf anträgt. Daß die zeugeneidliche Vernehmung nicht erzwungen werden soll, glaube ich schon im Vorhergehenden und in meinem Vortrag über die eidliche Parteienvernehmung und den Schiedseid (Jurist. Bl. 1886 Nr. 7 ff.) erwiesen zu haben.

---

[25]) Diese Notiz verdanke ich der Freundlichkeit des Vorstandes des Grazer Landesgerichtes in Strafsachen, Hofraths Dr. Ritt. v. Frölichsthal, der sie mir auf Grund amtlicher Erhebung mitgetheilt hat.

Digitized by Google

Fierich begründet seine Ansicht, daß in dem Falle, wo beide Parteien Kenntniß aus unmittelbarer Wahrnehmung haben, die zeugeneidliche Vernehmung derselben ausgeschlossen werden soll, zunächst damit, daß die zweite Partei nach Vernehmung der ersten die Wahl hat, entweder sich der zeugeneidlichen Vernehmung zu unterwerfen und allenfalls der strafgerichtlichen Untersuchung zu verfallen, oder gegen die verhörte Partei sofort die Strafanzeige zu machen: daß sie aber auf beiden Wegen nicht zu ihrem Ziele gelangen, sondern schließlich im Civilproceß unterliegen würde.

Außerdem sagt aber Fierich weiter: „Man könnte vielleicht einwenden, daß ein Gegensatz in den Aussagen der Parteien in einer solchen Schärfe kaum vorkommen werde (daß ein Strafproceß einzuleiten wäre), daß vielmehr durch Vernehmung beider Parteien eine Aufklärung und Ergänzung des Sachverhaltes ermöglicht wird; dies dürfte jedoch nicht eintreffen, weil die Parteien in der Hitze des Gefechtes gewöhnlich das unter Eid wiederholen werden, was sie schon früher aussagten. An eine Ergründung der materiellen Wahrheit ist hier nicht zu denken. Gewiegte Praktiker haben mir versichert, daß sie zu dem obigen Mittel — beide Parteien zu vernehmen — fast nie greifen, weil sie widersprechende Aussagen befürchten und die Parteien den Gefahren eines Meineidsprocesses nicht aussetzen wollen. Die Möglichkeit eines solchen Gegensatzes ist somit (?) nicht ausgeschlossen und sollte durch Beibehaltung des Haupteides vermieden werden."

Daß Meineide befürchtet werden, bedarf keines Beweises; nicht bloß österr. gewiegte Praktiker, auch die Motive zur D.C.P.O. sprachen diese Befürchtung aus. Die Möglichkeit eines Meineides und bezw. eines directen Gegensatzes in den Aussagen ist durch diese Befürchtung gewiß nicht bewiesen. Sie bedarf übrigens des Beweises nicht. Jeder giebt diese Möglichkeit zu, auch ich bestreite sie nicht. Es handelt sich aber nicht um diese Möglichkeit, denn die Möglichkeit, daß Meineide geschworen werden, existirt auch im Gebiete des Schiedseides; es handelt sich vielmehr darum, ob in dem Falle, daß beide Theile bona fide sind, sich Eid gegen Eid so stellen muß, oder in der Regel stellen wird, daß gegen eine oder gegen beide Parteien der Strafproceß nothwendig sein und zu einer Verurtheilung wegen Meineides führen würde. Und dies leugne ich selbst für den Fall der größten Hitze des Gefechtes. Die große Regel bilden nicht Personen, welche sich in der Hitze des Gefechtes zu einem Meineide, zu einer falschen Aussage vor Gericht hinreißen ließen, und solange dies nicht der Fall ist, wird auch der Strafproceß in den seltensten Fällen in Bewegung gesetzt werden, wenn

Digitized by Google

das Gericht von der bona fides der Parteien überzeugt ist. Selbst dann, wenn wirklich die Sache so stände, daß die eine Partei A und die andere Partei non A bezeugt, wird durch Fragen und Gegenfragen sowie durch die Unterstützung des Gedächtnisses des Befragten und durch Hinweis auf die Widersprüche, in welche er sich selbst verwickelt, schließlich doch die Wahrheit aufgedeckt werden können. Wie oft kommt es vor, daß Personen, die eine Thatsache auf das Lebhafteste bestreiten, deren Wahrheit nachträglich plötzlich doch zugeben, wenn ihnen — oft ein minutiöser Umstand ins Gedächtniß gerufen wird, welcher sofort die ganze Sachlage aufklärt und sie ihr Unrecht einsehen läßt. Hier einen Meineid zu suchen, wird der Richter gewiß nicht versucht sein. Gelingt es aber nicht, die volle Wahrheit aufzudecken, so kommt der Satz zur Anwendung: actore non probante reus absolvitur.

Ein Strafproceß ist nicht nothwendig und stets zu vermeiden, zumal er ja ohnehin wenig Aussicht auf Erfolg hat, da der Strafrichter, selbst wenn er von der Ansicht ausgeht, daß Eine der beiden Parteien eine falsche Aussage abgelegt haben muß, doch nicht weiß und nicht feststellen kann, welche eine falsche Aussage ablegte. Der Civilrichter soll aber nicht immer Meineide wittern und nicht von der Ansicht ausgehen, daß einer der beiden Eide ein Meineid sein muß. Wenn die Civilgerichte einmal zu dieser Ueberzeugung kommen, so werden auch die gefürchteten Strafprocesse ausbleiben. Auch der Unterlegene wird sie nicht veranlassen, wenn er nicht Beweise in Händen hat; hat er aber solche, so wird er sie — im eigenen Interesse — zuerst im Civilproceß verwenden.

Es setzt mich übrigens das Zeugniß Fierich's, daß gewiegte Praktiker die directe Vorschrift des österr. Gesetzes über das Bagatellverfahren (§§ 53 ff.), wonach grundsätzlich beide Parteien — „der Beweispflichtige in der Regel zuerst" — zu vernehmen sind, einfach nicht anwenden, in große Verwunderung. Ich verstehe es, daß der Richter die zweite Partei nicht zum Zeugniß zwingen will; wenn sie aber selbst ihr Zeugniß anbietet und der Richter es ablehnt, weil er einen Strafproceß für sie fürchtet, so kommt mir der Richter wie ein Arzt vor, der den Kranken deshalb, weil er bei der Operation Schmerzen hätte, lieber an seinem Leiden sterben läßt, als die vom Patienten begehrte Operation vollzieht, obwohl er die Ueberzeugung hat, daß das Leiden durch die Operation beseitigt werden kann.

Würden die Richter — von denen Fierich berichtet — das Gesetz anwenden, so würden sie sich überzeugen, daß ihre Befürchtung grundlos war. Sie sollten sich nur den Ausspruch des Lord Justice James

Digitized by Google

gegenwärtig halten: „Man wollte mich überzeugen, daß ich gegen den ausdrücklichen Eid des Beklagten nicht entscheiden kann, ohne ihn des absichtlichen oder böswilligen Meineides anzuklagen. Ich habe mehr als einmal die Gelegenheit gehabt zu sagen, daß dies kein Strafgericht sei, daß ich Niemanden wegen eines Verbrechens verhöre. Das Gesetz, welches das Zeugniß der Parteien zugelassen hat, wurde im vollen Vertrauen auf die Richter und Geschworenen erlassen, daß sie ein solches Zeugniß gewissenhaft untersuchen und demselben einen solchen Werth beilegen werden, wie es verdient, und nicht mehr, oder überhaupt keinen Werth."

Uebrigens sorgt sohin das Gesetz über das österr. Bagatellverfahren dafür, daß sich nicht Eid gegen Eid stelle, indem es in § 61 bestimmt: „Wenn der Richter nach erfolgter eidlicher Abhörung der einen Partei die Abhörung des Gegners als Zeugen beschließt, so kann er sich vorbehalten, über dessen Beeidigung nach erfolgter Abhörung Beschluß zu fassen, und kann sohin die Beeidigung unterlassen, wenn sich die abgelegte Aussage als ganz unwahrscheinlich darstellt."

Auch dürfte in Erwägung zu ziehen sein, daß die Partei, welche als die zweite eidlich vernommen werden will, wohl selbst daran denken wird, sich nicht der Gefahr einer strafgerichtlichen Untersuchung auszusetzen, und daß viel eher Meineide der zuerst vernommenen Partei vorkommen werden, als Meineide des in zweiter Linie Vernommenen.

Nachdem ich den Beweis erbracht zu haben glaube, daß die Gefahr, es werde sich stets Eid gegen Eid stellen, nicht so groß ist, als befürchtet wird, will ich am Schlusse noch eines Bedenkens gegen die Parteivernehmung Erwähnung thun, welches am Achten Deutschen Juristentage von drei Anwälten geltend gemacht wurde: nämlich der Befürchtung, daß der Anwaltsstand an seinem Ansehen geschädigt werden kann, wenn die Partei als Zeuge etwas Anderes vorbringt, als der Anwalt als Proceßvertreter vorgebracht hat (2. Bd. S. 305 f., 312 f.). Ich glaube, daß die Partei, welche freiwillig ihr eigenes Zeugniß anbietet, dem Anwalt keine andere Information gegeben haben wird, als jene, die der Wahrheit entspricht und mit welcher daher auch das eidliche Zeugniß ebenso wie das Vorbringen des Anwalts übereinstimmen muß. Uebrigens wird der Anwalt seinem Clienten nicht empfehlen, sich als Zeuge vernehmen zu lassen, wenn er weiß, daß die Proceßbehauptungen nicht der Wahrheit entsprechen. Der Anwalt hat aber keinen Grund, Unwahrheiten zu behaupten, wenn sie die Partei nicht in der Information vorgebracht hat. Für die dem Anwalt von dem Clienten vor-

Digitized by Google

gebrachten Lügen wird aber der Anwalt doch sicherlich nicht verantwortlich gemacht werden.

10. Vortheile der Parteienvernehmung unter Beibehaltung des Schiedseides.

Würde — wie ich beantrage — neben dem Schiedseide, welchen der Delat durch seinen Ignoranzeid recusiren dürfte, die eidliche Parteienvernehmung auf Antrag der zu vernehmenden Partei eingeführt, so dürfte sich im einzelnen Falle der Beweis durch das Zeugniß der Parteien folgendermaßen gestalten können:

1. Fürchtet der Beweispflichtige, daß der Gegner als Delat einen Meineid schwören könnte, so wird er sein eigenes Zeugniß anbieten, also vom Schiedseide absehen. Dieser Vortheil kann nicht hoch genug angeschlagen werden: denn die meisten Meineide, welche geschworen werden, sind Delateneide. Freilich übernimmt hier der Beweispflichtige einmal die Seelenfolter der Befragung, wenn specielle Gründe ihm diese Befragung peinlich machen, obwohl die Wahrheit auf seiner Seite ist, und überdies auch die Gefahr, daß er mit seinem Anspruch abgewiesen werden wird, wenn er den Richter von der Wahrheit seiner Behauptung durch seine Aussagen, — die durch die gegnerischen Aussagen leicht ihrer vollbeweisenden Kraft beraubt werden können, — nicht vollständig überzeugen kann. Er wird aber sein Zeugniß namentlich dann mit Aussicht auf Erfolg anbieten, wenn er dasselbe durch andere Beweisgründe oder durch — allenfalls vom Gegner zugestandene — Indicien unterstützen kann, die für sich allein zum Beweise und bezw. zur Ermöglichung des richterlichen Notheides nicht ausreichen. Ebenso aber auch dann, wenn der Gegner nicht im Stande ist, das Zeugniß des Beweispflichtigen zu erschüttern, weil die Wahrheit auf seiner Seite ist.

Jedenfalls kann aber der Beweispflichtige, wenn der Gegner fähig wäre, einen Meineid zu leisten, auf Grund seines eigenen Zeugnisses leichter siegen, wie in dem Falle, daß er gezwungen wäre, dem Gegner den Schiedseid zu deferiren.

2. Wählt der Beweispflichtige statt seines Zeugnisses die Eideszuschiebung, so liegt wenigstens in der Regel darin ein Zeugniß für die Glaubwürdigkeit des Delaten, da der Deferent, wenn er fürchten würde, der Delat wäre eines Meineides fähig, seine eigene Vernehmung

Digitized by Google

als Zeuge anbieten würde. Infolge der Delation des Schiedseides können folgende Fälle eintreten:

a) Der Delat leistet den Ueberzeugungseid über die Unwahrheit des Beweisthemas, und dann ist der Rechtsstreit, wie bisher, zu Ungunsten des Beweispflichtigen erledigt. In der Regel wird dieser Eid aber der Wahrheit entsprechen, wenn der Delat nicht überhaupt eine Person ist, die kein Verbrechen scheut. Wird nämlich dem Delaten auch die Möglichkeit eröffnet, seine Ignoranz — seinen Zustand des Zweifels — eidlich zu erhärten, oder sein Zeugniß anzubieten, so kann er — wenn er nicht ein Verbrechen begehen will, den Ueberzeugungseid nur dann schwören, wenn er wirklich von der Unwahrheit des Beweisthemas überzeugt ist.

b) Der Delat kann, wenn er im Zweifel ist, den Ignoranzeid leisten. In diesem Falle wird der Deferent in der Regel sein Zeugniß anbieten, und wenn er dasselbe durch anderweitige Umstände unterstützen kann auch siegen. Der Delat kann, nachdem er den Ignoranzeid geleistet hat, sein Zeugniß noch immer anbieten, da er nun als Zeuge die Zweifel vorbringen kann, die ihn bewogen, den Ignoranzeid zu leisten. Es kann aber auf diesem Wege der Richter die Wahrheit feststellen und siegen lassen, was ausgeschlossen ist, wenn der Delat, wie bisher — wenigstens in einzelnen Fällen — auf Grund seines Ignoranzeides siegen muß.

c) Der Delat kann sein Zeugniß anbieten. Ist das Resultat desselben gleich einem Ignoranzeide, so kann der Beweispflichtige sein Zeugniß anbieten. Ist das Resultat gleich dem Ueberzeugungseide, so wird der Delat siegen. Ist das Resultat aber ein derartiges, daß der Richter die Wahrheit des Beweisthemas als wahrscheinlich erkennt, so wird er dem Deferenten — wenn dieser nicht sein Zeugniß anbietet — den Notheid auftragen und bezw. gestatten, den Schiedseid zu leisten. Im Notheide kann er auch andere, als die in die Norm des Schiedseides aufgenommenen Thatsachen, oder bloß einen Theil derselben aufnehmen; der Schiedseid wäre dagegen so zu leisten, wie er aufgetragen war.

d) Der Delat kann den Eid zurückschieben und dann siegt der Deferent, wenn er den Eid leistet, wie bisher: nur sind die Garantieen für die Wahrheit seines Zeugnisses größer als gegenwärtig.

e) Der Delat verweigert den Eid und unterliegt wie bisher.

3. Der Fall, daß der Gegner des Beweispflichtigen ohne Eideszuschiebung in erster Linie sein Zeugniß anbietet, wird sehr selten

Digitized by Google

vorkommen, da doch der Satz gilt: actore non probante reus absolvitur. Wenn aber der Beweispflichtige bereits den Beweis für die Wahrheit des Beweisthemas erbracht hat, wird der Delat es nicht leicht unternehmen, durch sein Zeugniß den Gegenbeweis liefern zu wollen, sondern wird allenfalls durch andere Beweismittel dieses Resultat zu erreichen streben.

Wenn wir auf diese Zusammenstellung der verschiedenen möglichen Fälle zurückblicken, so ergiebt sich wohl zunächst das Bedenken, daß nach meinem Vorschlage die Eide der Parteien sich sehr mehren würden, weil in den meisten Fällen beide Parteien einen Eid leisten würden; ja im Falle des Ignoranzeides der Delat noch einen zweiten Eid als Zeuge schwören könnte, so daß also drei Eide in einem Processe vorkämen.

Gegen dieses Bedenken mache ich zunächst darauf aufmerksam, daß die Parteienvernehmung unter Wahrheitspflicht und Straffanction des Eides nicht bedarf, und es daher dem Richter überlassen werden kann, zu entscheiden, ob von der als Zeuge vernommenen Partei der Eid abzunehmen sei, wie dies in Oesterreich namentlich bezüglich der in zweiter Linie vernommenen Partei vorgeschrieben ist. Zudem kommt aber zu bedenken, daß, wenn dritte, unbetheiligte Personen als Zeugen vernommen werden, auch in der Regel in einem Processe mehrere Eide geschworen werden. Uebrigens erscheinen die Eide des Delaten wesentlich als Glaubhaftmachungs-Eide im Sinne des § 266 D.C.P.O., und solche Eide kommen nicht als Zeugeneide in Betracht.

Diesem — wie bemerkt, durch gänzliche oder facultative Beseitigung des Eides der unter Wahrheitspflicht und Straffanction zu vernehmenden Partei leicht zu beseitigenden — Bedenken gegenüber ist aber der Vortheil nicht außer Acht zu lassen, der dadurch erreicht wird, daß trotz der Häufung der Eide Meineide möglichst vermieden werden, und die Wahrheit im Civilprocesse den Sieg davontragen wird.

Absolut vermeiden lassen sich die Meineide freilich so lange nicht, als es Menschen giebt, die sich nicht scheuen, Verbrechen zu begehen. Aber zur Hintanhaltung derselben ist jedenfalls viel geschehen, wenn jede Partei die Möglichkeit hat, durch ihr Zeugniß den Meineid des Gegners hintanzuhalten oder zu beweisen. Freilich, würden die Eide bloß gehäuft, ohne den eben erwähnten Vortheil zu bieten, so wäre mein Vorschlag zu verwerfen, wird aber durch Eröffnung der Möglichkeit eines Parteizeugnisses die Furcht vor Meineiden vermehrt und damit die Zahl der Meineide vermindert, so ist der Vorschlag wenigstens der Erwägung würdig.

Digitized by Google

Würden die Parteien zum Zeugniß gezwungen, so dürfte die Zahl der Meineide nicht kleiner, sondern eher größer werden, wird aber den Parteien bloß das Recht ertheilt, ihr eigenes Zeugniß anzubieten, so wird dadurch die Wahrscheinlichkeit der Meineide gewiß verringert: Denn wird von der Partei ein Zeugniß erzwungen, so ist sie gewissermaßen in eine Nothlage versetzt, während sie freiwillig sich nicht zum falschen Zeugnisse entschließen wird, wenn ihr die Begehung eines Verbrechens — ohne Nothlage, ohne Zwang — fernliegt. Durch die Gewährung des Rechtes, sein Zeugniß anzubieten, würde aber auch im Verhältnisse zu dem Schiedseide die Zahl der Meineide verringert werden. Denn weit eher entschließt man sich, einen abstract formulirten, verschiedener Deutung fähigen Eidessatz zu beschwören, als sich der Gefahr auszusetzen, durch Kreuz- und Querfragen zur Einbekennung des Meineides gezwungen, oder durch vorhandene Beweise über einzelne Thatsachen, über welche man als Zeuge befragt wurde, der falschen Aussage überwiesen zu werden.

Zu dem Vortheile der wahrscheinlichen Verringerung der Meineide — namentlich auf Seiten des Delaten, wo eine dringende Gefahr eines Meineides vorliegt, ganz ebenso aber auch, wie ich früher bewiesen habe, auf Seiten des Deferenten — kommen aber noch andere Vortheile, welche mit der Parteienvernehmung verbunden sind.

Vorerst kann auf Seiten des Delaten, wenn auf dieser Seite gesetzliche Vertreter oder Streitgenossen auftreten, an die Stelle der mit so vielen Zweifeln und Inconvenienzen verbundenen Leistung des Delateneides die eidliche Parteienvernehmung treten, welche diese Zweifel und Inconvenienzen beseitigt.

Ferner entfallen die Schwierigkeiten der Formulirung des Schiedseides, namentlich bei einer Mehrheit von entscheidenden Thatsachen für die verschiedenen Combinationsfälle und Eventualitäten.

Außerdem wird für beide Theile die Gefahr abgeschwächt, welche im Falle der Eideszuschiebung durch den Tod des Schwurpflichtigen droht, indem die Parteienvernehmung ebenso wie die Leistung des Ignoranzeides sofort stattfinden können und nicht erst die Rechtskraft des auf den Schiedseid erkennenden Urtheils abgewartet werden muß.

Zudem kommt, daß, wenn der Schiedseid beibehalten wird, der Beweispflichtige ein sicher wirkendes formelles Beweismittel in Händen behält, zu welchem er noch immer greifen wird, wenn er dem Gegner die Leistung eines Meineides nicht zumuthet, und ein sicheres Resultat seiner Beweisführung wünscht, oder aus speciellen Gründen

Digitized by Google

seine Vernehmung als Zeuge vermieden wissen will, obwohl die Wahrheit auf seiner Seite ist. Insbesondere wird aber der Schiedseid dann seine ersprießliche Wirkung weiter ausüben, wenn der Gegner des Beweispflichtigen sein Widerspruchsrecht chicanös ausübt.[26])

Jedenfalls ist es auch rathsamer, den Parteien ein neues Recht und ein neues Beweismittel in die Hand zu geben, als ihnen ein bewährtes Mittel der Wahrheitsfeststellung zu nehmen, und statt dessen eine herbe Pflicht — zur zeugeneidlichen Aussage gegen ihren Willen — aufzuerlegen. Im Kampfe mit einander soll jede dieser beiden Formen des Parteizeugnisses sich dort Anwendung verschaffen und zum Siege gelangen, wo sie am besten entspricht. Würde der Schiedseid beseitigt und dafür die Verpflichtung zur zeugeneidlichen Aussage eingeführt, so würde in der That — um ein Bild Bähr's (S. 407 f.) zu verwenden — der Zahnschmerz, den die Eidesnoth erzeugt, damit geheilt, daß man dem Leidenden — Civilproceß — den Kopf abschneidet.

Hätte England vor der Einführung der Vernehmung der Parteien als Zeugen den Schiedseid besessen, so hätte es ihn neben der eidlichen Vernehmung der Parteien als Zeugen zweifelsohne ebenso festgehalten, wie Schottland und Quebeck und wie die ehemals holländischen und französischen Colonien Englands.

Schließlich sei bemerkt, daß durch die Zulassung der freiwillig angebotenen Vernehmung der Parteien im Civilprocesse, neben Beibehaltung des Schiedseides eine gesetzliche Inconsequenz beseitigt würde, welche gegenwärtig besteht.

Derjenige nämlich, der Privatrechtsansprüche im Strafprocesse — — als Beschädigter bezw. Privatbetheiligter[27]) — geltend macht, wird im Strafprocesse als Zeuge vernommen; im Civilprocesse kann er aber sein Zeugniß nicht anbieten. Scheut er sich also, einen formulirten Eid zu schwören, so muß er — wenn es überhaupt möglich ist — seinen Anspruch vor den Strafrichter bringen; kann er dies nicht, so muß er auf sein Recht verzichten, weil er so gewissenhaft ist, daß er nicht judex in propria causa sein will. Ich glaube, daß dieser Umstand mehr als alles bisher Gesagte darthut, daß neben dem Schiedseide das

---

[26]) Bezüglich der übrigen Vortheile der eidlichen Parteienvernehmung verweise ich — da meine Ausführungen ohnehin etwas lang geworden sind — auf die Anführung derselben bei Glaser S. 110 ff., 152 ff. u. Bar, Recht u. Beweis S. 125 ff., Gutachten S. 18 ff., 33 ff.

[27]) Vgl. §§ 261, 414 ff., 435 ff. d. St.P.O., §§ 47 ff., 152 f., 172, 365 ff. öst. St.P.O.

Digitized by Google

freiwillig angebotene Parteizeugniß Aufnahme im Civilproceß finden muß.

11. Gutachten.

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen glaube ich mein Gutachten dahin abgeben zu müssen:

I. Eine Ersetzung der Eideszuschiebung durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen im Civilprocesse ist nicht zu empfehlen.

II. Empfohlen wird:

1. Eine Reform des Schiedseides durch folgende Rechtssätze:

§ 1. Die Eideszuschiebung ist über jede Thatsache zulässig, welche nicht auf Grund specieller Normen durch bestimmte andere Beweismittel (Urkunden, Sachverständige) bewiesen werden muß (statt §§ 410, 413 d. C.P.O.).

§ 2. Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, (Delat) hat sich zu erklären, ob sie den Ueberzeugungseid über die Unwahrheit des Beweisthemas und den Wahrheitseid über die von ihr als Ergänzungen und Berichtigungen des Beweisthemas vorgebrachten Thatsachen oder statt des Ueberzeugungseides den Ignoranzeid schwören wolle, oder den Eid zurückschiebe. Sie kann auch ihre (eidliche) Vernehmung als Zeuge in eigener Sache anbieten.

Giebt diese Partei keine Erklärung ab, oder leistet sie den angenommenen Ueberzeugungs- und Wahrheitseid nicht, so wird der Eid als verweigert angesehen. Leistet sie den angebotenen Ignoranzeid nicht, so gilt der Eid als zurückgeschoben (statt § 417).

§ 3. Der zurückgeschobene Eid sowie der Eid des Delaten über die von ihm vorgebrachten Ergänzungen und Berichtigungen des Beweisthemas ist als Wahrheitseid stets dahin zu leisten:

daß die (positive oder negative) Thatsache wahr sei.

Der Ueberzeugungseid ist von derjenigen Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, dahin zu leisten:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die (positive oder negative) Thatsache unwahr sei.

Der Ignoranzeid ist von derjenigen Partei, welcher der

Digitized by Google

Eid zugeschoben wurde, dahin zu leisten:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung nicht erlangt habe, ob die Thatsache wahr oder unwahr sei (statt § 424).

§ 4. Der Ignoranzeid ist während der Verhandlung zu leisten (Zusatz zu § 425).

§ 5. Durch Leistung des zurückgeschobenen Eides und ebenso durch Leistung des Eides des Delaten über die von ihm vorgebrachten Ergänzungen und Berichtigungen des Beweisthemas wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet.

In Folge der Leistung des zugeschobenen Ueberzeugungseides wird die Thatsache, welche nach der beschworenen Ueberzeugung des Schwurpflichtigen unwahr sein soll, als unwahr behandelt.

Die Leistung des Ignoranzeides berechtigt diejenige Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, den Eid zu recusiren. In diesem Falle kann der Gegner seine Vernehmung als Zeuge in eigener Sache beantragen (statt § 428).

2. Die Aufnahme des Rechtsgrundsatzes, welcher einer weiteren Ausführung bedürfte:

Jede der beiden Parteien ist berechtigt, ihre (eidliche) Vernehmung als Zeuge in eigener Sache zu beantragen. Die diesfällige falsche Aussage wird wie ein falsches gerichtliches Zeugniß dritter von den Parteien verschiedener Personen bestraft.

Digitized by Google

II.

Gutachten des Herrn Privatdocenten Dr. Georg Kleinfeller zu München

über die Frage:

Ist die Eideszuschiebung im Civilprocesse durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen?

Zwischen dem heutigen Rechte der Eideszuschiebung und den beiden Quellen, aus welchen dieses Recht geflossen ist — nämlich der römisch-rechtlichen Eideszuschiebung und der schlichten Klage des deutschen Rechts — liegt ein so weiter durch vielfache, das Wesen der Sache beeinflussende Wandlungen ausgefüllter Abstand, daß aus der Zweckmäßigkeit der römischen Einrichtung so wenig wie aus dem nationalen Wesen der anderen Einrichtung irgend ein unmittelbarer Schluß auf den Werth des geltenden Rechtes gezogen werden kann. Ist diese Behauptung richtig, dann fällt eine wichtige Stütze, deren sich die Vertheidiger des geltenden Rechtes bedienen müssen, hinweg und es bleibt nur noch zu fragen, ob etwa das letztere in sich selbst und in seinem Zusammenhange mit Hauptgrundsätzen des Processes zwingende Gründe der Daseinsberechtigung und des Anspruchs auf Unantastbarkeit trägt. Erst wenn diese Frage verneint werden muß, erscheint es nothwendig, nach einem Ersatz Umschau zu halten.

I.

Das hiernach gegebene Bedürfniß einer geschichtlichen Betrachtung über die Entwickelung des Parteieneides in Deutschland kann

Digitized by Google

durch einen verhältnißmäßig kurzen Rückblick befriedigt werden, weil wir mit feststehenden, bewiesenen Thatsachen zu rechnen haben.[1])

Das deutsche Recht des Mittelalters kannte keine Eideszuschiebung von Partei zu Partei, sondern nur den vom Richter auferlegten Eid, wobei der Richter auf Grund von Beweisregeln zu entscheiden hatte, welche Partei näher zum Beweise und deshalb näher zum Eide sei. Im sächsischen Rechtsgebiete bildete das Stadtrecht den Unterschied zwischen der schlichten Klage (auf Ja oder Nein) mit Eid und der Klage mit Beweis aus. Beide Proceßarten unterschieden sich jedoch nicht etwa darin, daß die Möglichkeit der eidlichen Feststellung durch die Willenserklärung des Klägers im ersten Fall eingeräumt, im anderen Fall ausgeschlossen wurde, sondern der Unterschied lag darin, daß dort der Beklagte der Klage durch seinen Unschuldseid allein, hier dagegen nur durch den Eid mit Zeugen (Eideshelfern) entgehen konnte und im letzteren Fall der Kläger diesen Eid des Beklagten durch seinen Eid mit Zeugen überbieten durfte. Leugnete aber der Beklagte gegenüber der Klage mit Zeugen schlechtweg, ohne seinerseits Zeugen anzubieten, so mußte der Kläger beweisen, so daß das bloße Leugnen des Beklagten rein äußerlich betrachtet, einer Zurückschiebung des Eides gleichkam. Zum Eide kam es also auf jeden Fall, nur in verschiedener Form, das eine Mal mit Zeugen, das andere Mal ohne solche. Der Eid war das gesetzlich nothwendige Feststellungsmittel und war der Willkür der Parteien, insbesondere des Klägers entzogen. Dieser konnte durch die Wahl der Klageform die Rechtslage im Proceß nur in Bezug auf die Person des zum Schwur Berechtigten und in Bezug auf die Stärke des Eides ändern. Gegenstand des Eides war vielfach die Rechtsbehauptung der schwörenden Partei, konnte aber auch eine thatsächliche Behauptung sein.

Jene Einrichtung der Klage auf Ja oder Nein kam auch außerhalb des sächsischen Rechtsgebietes vor und bildete, wenn nicht allgemein, so doch vielfach den Punkt, an welchen bei der Reception der fremden Rechte angeknüpft wurde, indem man das fremde Rechtsinstitut und den einheimischen Gebrauch in Folge ihrer äußerlichen Aehnlichkeit verwechselte. Aus dieser Verwechselung erklärt sich insbesondere das Gebot, welches den Kläger nöthigte, die Eideszuschiebung in der Klage selbst, jedenfalls vor Angelobung der Gewähr der Klage vorzunehmen.

---

[1]) Selbstverständlich müssen im Folgenden großentheils die Ergebnisse fremder Forschung verwerthet werden. Besonders gilt dies von Planck, J. W., Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter (2 Bde. 1879) und von Zimmermann, E., Der Glaubenseid (1863). Specielle Verweisungen finden sich in Kleinfeller, G., die geschichtliche Entwickelung des Thatsacheneides in Deutschland (1891), welches Buch gleichfalls Belege für den hier in Kürze dargelegten Entwickelungsgang enthält

Digitized by Google

Wenn die Partei im deutschrechtlichen Verfahren des Mittelalters ihre Rechtsbehauptung beschwor, geschah es also, weil das Gesetz selbst ihr den Eid an die Hand gab und gewissermaßen aufnöthigte. Das römische Recht dagegen räumte den Parteien, besonders dem Kläger, die Macht ein, nach eigener Wahl, eine Entscheidung des Processes durch den Eid des Gegners (bezw. durch Eidesverweigerung) herbeizuführen. Der Kläger mußte entweder beweisen oder sich dieser Last dadurch entledigen, daß er dem Beklagten den Eid zuschob. Die Zuschiebung konnte, wie regelmäßig angenommen wird, in jure und in judicio erfolgen. Dort war der zugeschobene Eid zweifellos Schiedseid, Urtheilssurrogat. Ob ein zugeschobener Eid dieser Art auch in judicio vorkam, oder ob der Parteieneid hier die Bedeutung eines Beweismittels hatte, ist bestritten[2]), kann jedoch hier dahingestellt bleiben, weil der zugeschobene Eid in Deutschland als Schiedseid recipirt und ihm die Beweismitteleigenschaft erst später in Folge einer vom römischen Rechte unabhängigen Entwickelung beigelegt wurde. Außer den Parteien konnte in judicio auch der Richter einer Partei den Eid nach seinem Ermessen auferlegen.

Gegenstand des in jure zugeschobenen Eides mußte der streitige Anspruch selbst sein, weil ja durch den Eid das Urtheil ersetzt werden sollte. Der in judicio zugeschobene Eid konnte thatsächliche und Rechtsbehauptungen zum Gegenstande haben; sein Zweck, eine Urtheilsgrundlage zu schaffen, schloß die eidliche Feststellung von Rechtsbehauptungen nicht aus, wie auch die Praxis in Deutschland zur Genüge bewiesen hat. Dagegen wird man annehmen dürfen, daß der vom Richter nach seinem Ermessen auferlegte Eid und zur Feststellung thatsächlicher Behauptungen bestimmt war, weil dieser Eid die Ueberzeugung des Richters begründen sollte, der Richter aber eines solchen Hilfsmittel nur hinsichtlich der thatsächlichen Parteibehauptungen, nicht hinsichtlich der Anwendung des Rechtes auf dieselben bedurfte. Mit unbedingter Gewißheit kann jedoch dieser Satz nicht aufgestellt werden, da auch in Deutschland trotz der Gleichheit des Zweckes die Auferlegung des richterlichen Eides über Rechtsbehauptungen vorkam und im römischen Rechte ein ausdrückliches Verbot solcher Eide fehlte, überdies die Grenze zwischen Rechtseid und Thatsacheneid eine flüssige ist.

Das kanonische Recht war der Eideszuschiebung feindlich gesinnt und bildete nur den nach richterlichem Ermessen aufzuerlegenden Eid aus. Unter diesem Einfluß, vielleicht auch unter dem Einfluß deutschrechtlicher Anschauungen, denen die Eideszuschiebung fremd war, haben auch die

[2]) Vgl. Demelius, G., Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprocesse (1887) S. 85 ff., welcher die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung in judicio leugnet; hierzu die ausführliche Kritik von Fierich in Grünhut's Zeitschr. Bd. 16 S. 71 ff.

Digitized by Google

italienischen Juristen des Mittelalters vorzugsweise die Lehre vom richterlichen Eide gepflegt und den zugeschobenen Eid entweder ganz vernachlässigt oder nur flüchtig behandelt.

Bei Reception der fremden Rechte und des Proceßsystems der italienischen Juristen machte sich in einem Theile der deutschen Territorien der Einfluß des römischen Eidesrechtes von vornherein stärker geltend als anderwärts, wobei auch die Aehnlichkeit der Eideszuschiebung mit dem Inhalte der schlichten Klage eine Rolle spielte. Die Zulassung des zugeschobenen Eides in der Bedeutung eines Schiedseides breitete sich jedoch im Laufe des 16. Jahrhunderts immer mehr aus und war seit Beginn des 17. Jahrhunderts eine allgemeine. Hierbei trat aber vielfach eine wesentliche Umgestaltung des römischen Rechtes ein, indem die Voraussetzungen, welche das kanonische Recht für den richterlichen Eid aufstellte, auf die Eideszuschiebung übertragen wurden, und somit deren Anwendungsgebiet eine erhebliche Einschränkung erfuhr. Es war dies die Wirkung der dem kanonischen Rechte entsprechenden Betrachtung des Parteieneides als eines subsidiären, außerordentlichen Beweismittels. Trat schon hierin eine vom deutschen und römischen Rechte gleichmäßig abweichende Grundauffassung des Parteieneides hervor, so entfernte man sich noch weiter von dem ursprünglichen Wesen der Sache durch die Zulassung des Schiedseides in der Form eines Credulitätseides, welcher bald positiv bald negativ in Verbindung mit dem Nichtwissenseide (über nicht glauben und nicht wissen) geleistet wurde. Während man bei dem positiven Glaubenseide italienischen Vorbildern zu folgen meinte, obwohl die Italiener den Glaubenseid nur als Calumnieneid gekannt hatten, machte man hinsichtlich des neuen Ignoranzeides ein Anlehen bei dem alten Reinigungseide des deutschen Rechts.

Die Verwechselung und Vermischung des zugeschobenen Eides mit dem richterlichen Eide hatte die Möglichkeit der Eideszuschiebung beschränkt, die Zulassung des Schiedseides in der Form eines Glaubens- und Ignoranzeides dagegen brachte eine erweiterte Anwendbarkeit mit sich. In der ferneren Entwicklung vollzog sich nun eine Rückbildung nach beiden Richtungen hin. Theils die bessere Erkenntniß des römischen Rechtes, theils die folgerichtige Verwerthung einer dem römischen Rechte geradezu widersprechenden Auffassung des zugeschobenen Eides als ordentlichen Beweismittels verdrängte immer mehr die Verwechselung des zugeschobenen mit dem richterlichen Eide und machte den ersteren unabhängig von vorgängiger Beweisführung. Die wachsende Eidesnoth, welche im Laufe des 18. Jahrhunderts zur Abschaffung des generellen Calumnieneides und der juramenta dandorum et respondendorum geführt

Digitized by Google

hatte, veranlaßte den Ruf nach Abschaffung oder doch Beschränkung des Glaubenseides, welche sich im 19. Jahrhundert vollzog.

Hand in Hand mit der durch die erstere Rückbildung bewirkten Annäherung an das römische Recht ging aber eine andere Umgestaltung des Eidesrechts, welche dem zugeschobenen Eide die Natur eines Schiedseides vollständig nahm. Wie schon erwähnt, war aus der äußerlichen Aehnlichkeit der Eideszuschiebung mit der in der schlichten Klage enthaltenen Erklärung, daß die Entscheidung dem Eineide des Beklagten anheimgestellt werde, das Gebot hervorgegangen, wonach die Eideszuschiebung seitens des Klägers in der Klage selbst, jedenfalls vor der Streiteinlassung bezw. vor Angelobung der Gewähr (Sachsen) erfolgen mußte, während der Beklagte seine Eideszuschiebung gleichzeitig mit dem Vorbringen der Einrede vorzunehmen hatte. Später gestattete man auch dem Kläger, wenigstens über neues Vorbringen den Eid noch nach der Einlassung zuzuschieben. In anderen Territorien hatte zwar nicht jenes Gebot, aber doch die Zulässigkeit der Eideszuschiebung vor der Streiteinlassung gegolten. Die unrömische Auffassung des zugeschobenen Eides als eines ordentlichen Beweismittels, welche bei der Befreiung desselben von der Bedingung vorgängigen Beweises mitgewirkt hatte, führte nun zur entgegengesetzten Forderung, daß der Eid wirksam nur nach der Einlassung zugeschoben werden könne. Im Gefolge dieses neuen Rechtssatzes aber erschien mit Nothwendigkeit die bisher unbekannte strenge Beschränkung des zugeschobenen Eides auf thatsächliche Behauptungen, da die Einlassung unter dem Einflusse des sächsischen Rechtes und des Jüngsten Reichsabschiedes in ganz Deutschland eine specielle geworden war. Diese Entwicklung fand in der Hauptsache bis zum Ende des 18. Jahrhunderts ihren Abschluß, wenn auch noch bis in die neueste Zeit sporadisch der Rechtseid in der Praxis vorkam.[3])

Die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts wandte sich gegen den Glaubenseid, dessen Anwendungsgebiet hauptsächlich diejenigen Thatsachen bildeten, welche nicht in eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen des Schwörenden bestehen. In einzelnen Gesetzen wurde der Eid über diese

[3]) Zur Ergänzung meiner Darstellung in der oben (Anm. 1) erwähnten Schrift S. 297 ff. habe ich nachzutragen, daß auch das Reichsgericht sich wiederholt mit solchen fehlerhaften Eidesauflagen befassen mußte: R.G. II. Civ.-Sen. 20. Nov. 1884 („daß dem Delaten eine rechtmäßige Forderung an den Hauptschuldner zustehe"), 21. Mai 1889 (Ergänzungseid darüber, „daß ihm der Beklagte auf Grund der angeführten Accepte den Betrag noch verschulde"), I. Civ.-Sen. 19. Okt. 1889 („daß der Beklagte zur Zeit der Klageerhebung verschiedene Forderungen an Industrielle der Holzbranche in Breslau gehabt habe"); vgl. Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 Nr. 1804 Abs. 7, Bd. 8 Nr. 897 u. 911.

Digitized by Google

fremden Thatsachen ganz ausgeschlossen, meistens aber in ähnlicher Weise beschränkt, wie es auch in der R.C.P.O. § 410 geschehen ist, welche zugleich einen Versuch enthält, den Glaubenseid selbst durch Einführung des Ueberzeugungseides zu vermeiden.

Der zugeschobene Eid war als Schiedseid recipirt worden. Seine Anwendung hatte durch unbeschränkten Gebrauch des Glaubenseides die größte Ausdehnung erlangt. Nach Erreichung dieses Höhepunktes ging das Streben dahin, seine Herrschaft einzuschränken. Ein verunglückter Versuch hierzu war schon die Vermischung mit dem richterlichen Eide gewesen. Ein Vorstoß in dieser Richtung war die Ausbildung der Gewissensvertretung; später vollzog sich die Beschränkung auf Thatsachen, noch später die Beschränkung auf eigene Thatsachen bezw. auf einen engen Kreis fremder Thatsachen, sowie theils gleichzeitig, theils im weiteren Verlaufe die Ersetzung des Glaubens- und Ignoranzeides durch den Ueberzeugungseid. Das beständige Ziel dieser Entwicklung war hiernach die Beschränkung des Parteieneides auf Grund der ihm beigelegten Beweismittelschaft.

Der Unterschied zwischen dem heutigen zugeschobenen Eide und dem Parteieneide des Mittelalters ist offenbar. Während jetzt der Parteiwille, wenn auch in gewissen gesetzlichen Schranken darüber verfügt, ob geschworen werden soll und wer schwören muß, war es im Mittelalter die Rechtsordnung selbst, welche die Parteien zur eidlichen Feststellung ermächtigte. Das mittelalterliche deutsche Recht kannte ferner in weitem Umfang den Eid über den Anspruch selbst, welchen das geltende Recht grundsätzlich verwirft. Derjenige ferner, welcher die schlichte Klage erhob, bewies allerdings, ähnlich der zuschiebenden Partei, seinem Gegner ein besonderes Vertrauen, insofern er nämlich auf die im Eide der Zeugen liegende Wahrheitsgarantie verzichtete. Aber den Eid des Gegners mußte er ohnehin von Rechts wegen dulden, während im heutigen Verfahren auf Seite des Zuschiebenden höchstens eine durch Mangel an sonstigen Beweismitteln geschaffene thatsächliche Zwangslage besteht, und sogar wenn sie besteht, kommt es nicht nothwendig zur Eideszuschiebung. Die „schlicht" klagende Partei hatte nur die Hoffnung, daß ihr Gegner durch Eidesverweigerung sachfällig werden könne, die zuschiebende Partei dagegen hat außerdem immer noch die Hoffnung auf Zurückschiebung. Bei der Klage mit Beweis hatte der Kläger im Mittelalter zwar die Hoffnung, daß er selbst zum Schwur kommen werde, wenn der Beklagte nicht schwören wolle oder die erforderlichen Zeugen nicht finde, aber andererseits fiel hierbei für den Kläger die Aussicht auf Feststellung durch Eidesverweigerung seitens des Beklagten hinweg. Der Kläger mußte den in

Digitized by Google

der Klage angebotenen Beweis führen oder unterliegen, trotzdem der Beklagte den Eid verweigert hatte; es hing nicht vom Willen des Beklagten ab, den Kläger zum Eide zu drängen. Im Mittelalter hatte also der Kläger immer nur eine Hoffnung, bei der schlichten Klage die Hoffnung, daß Feststellung zu seinen Gunsten durch Eidesweigerung eintreten könne, bei der Klage mit Beweis die andere Hoffnung, daß er selbst zum Schwure gelange. Heute hat der Zuschiebende immer die doppelte Hoffnung auf Zurückschiebung und auf Eidesverweigerung. Damals verfügte die Rechtsordnung, heute entscheidet der Parteiwille darüber, wer schwören soll; und zwar wird diese Frage nicht durch einseitige Willenserklärung, sondern nur durch den Willen beider Parteien erledigt. Die Zuschiebung allein entscheidet noch nichts, sondern sie versetzt erst den Gegner in die Lage, seinerseits eine Willenserklärung darüber abzugeben, ob er selbst schwören wolle oder ob er den Zuschiebenden schwören lasse, oder ob die Erledigung ohne Eidesleistung (Aufnahme anderer Beweise, Eidesverweigerung) eintreten solle.

Diese Herrschaft des Parteiwillens ist ungermanisch und dasjenige Element, welches die Verwandtschaft der jetzigen Eideszuschiebung mit der gleichartigen Einrichtung des römischen Rechtes begründet. Ein wesentlicher Unterschied zeigt sich aber auch hier vor allem im Gegenstande des Eides. Das römische Recht ließ die Zuschiebung des Eides über Ansprüche und Rechtsverhältnisse jedenfalls in jure zu; hier war wegen des Zweckes, das Urtheil entbehrlich zu machen, ein anderer Eidessatz unmöglich. Nach dem bekannten Stande der Quellen müssen wir ferner trotz der gelehrten Ausführungen von Demelius a. a. O. (s. Anm. 2) annehmen, daß auch nach Wegfall der beiden Proceßabschnitte (jus und judicium) der Rechtseid zulässig geblieben war. Das entsprach dem Wesen eines Feststellungsmittels, welchem die Natur des Vergleichs und die Wirkung zugeschrieben wurde, den Beweis zu erübrigen. Die zahlreichen Beispiele von Rechtseiden, welche im Corpus juris civilis vorkommen, sind ein starker Beleg dafür, daß die Römer nach Abschaffung jener Zweitheilung des Verfahrens die Beibehaltung des zugeschobenen Eides als Schiedseides für zweckmäßig hielten und daß sie das Unzweckmäßige, welches in der Verwendung des zugeschobenen Eides als Beweismittel liegt, ebenso empfanden wie wir. Als Schiedseid und nicht als Beweiseid ist der zugeschobene Eid in Deutschland recipirt worden; als Schiedseid ist er in zulässiger Weise bis in 18. Jahrhundert, in unzulässiger Weise bis in die Gegenwart (s. Anm. 3) benützt worden. In dieser Uebung tritt zu Tage, daß der Schiedseid, d. h. der Rechtseid ganz allein der Natur der Eideszuschiebung entspricht. Nachdem nun aber der zu-

Digitized by Google

geschobene Eid in neuerer Zeit seiner natürlichen Bedeutung entkleidet und gegen seine Natur zum Beweismittel gestempelt worden ist, darf man nicht behaupten, daß die Eideszuschiebung in ihrer jetzigen Gestalt durch die Zeit geheiligt sei, die Gewohnheit und die Rechtsübung des Volkes für sich habe; denn das, was Jahrhunderte lang geübt wurde, war etwas ganz anderes als die heutige Eideszuschiebung; die letztere ist noch sehr jung und mit Bezug auf das Volksbewußtsein gemessen, zählt sie kaum ein Menschenalter.

Noch ein anderer, nicht minder wichtiger Unterschied besteht zwischen dem heutigen und dem römischen Recht. Dieses kannte weder eine Strafe des Meineides[4]) noch die Zulassung des Meineidsbeweises im Civilproceß[5]). Das geltende Recht aber bedroht den Meineid mit schweren zeitlichen Strafen und befindet sich hierin in Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte des Mittelalters[6]). In späterer Zeit trat in Rom allerdings eine censorische Rüge in die Lücke; dieselbe hatte jedoch nur die Bedeutung einer moralischen Verurtheilung und darf jedenfalls nicht mit der staatlichen Strafe des deutschen Rechts auf eine Stufe gestellt werden. Nach der römischen Auffassung also blieb die Wahrheit des Eides der moralischen und religiösen Gewissenhaftigkeit des Schwörenden überlassen; für den Proceß, für das Recht war es gleichgültig, ob die Partei wahr oder falsch schwor; es lag also nicht nur in der Eideszuschiebung, sondern ebenso in der Eidesleistung selbst ein dispositives Element. Nach der deutschen Auffassung dagegen ist die Wahrheit des Eides eine *rechtlich* erhebliche Eigenschaft. Der Staat fordert von demjenigen, welcher als Partei schwört, die sorgfältigste, gewissenhafteste Ueberlegung und Wahrheitsliebe, ebenso wie von dem Zeugen; sogar der fahrlässigerweise falsch geschworene Parteieneid ist Gegenstand staatlicher Strafe.

Noch stärker tritt die *Rechtserheblichkeit* der Wahrheit des Parteieneides in dem Rechtssatze hervor, welcher seit dem 18. Jahrhundert sich Bahn brach,[7]) heute allgemein anerkannt ist und den Gegenbeweis sowie die Restitutionsklage gestattet, falls der Gegner durch Leistung eines

---

[4]) Vgl. v. Liszt, Meineid und falsches Zeugniß (1876), bes. S. 11 ff., l. 13 i. f. C. de test. 4, 20.

[5]) Mit einer Ausnahme l. 13 C. de reb. cred. 4, 1.

[6]) v. Liszt a. a. O. S. 42 ff., 63 ff.

[7]) Noch A. v. Leyser erklärt es in den Meditationes ad Pandectas lib. XII. 2 Spec. 145 als herrschende Ansicht, daß der Meineidsbeweis unzulässig sei, vertheidigt aber selbst die Zulässigkeit dieses Beweises. Vergl. auch Kreitmayr, F. X., in den Anmerkungen über den Cod. jur. Bavarici judiciarii Cap. 13 § 2 lit. l.

Digitized by Google

Parteieneides, auf welchen das Urtheil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat (§ 428 Abs. 2, § 543 Ziff. 1, § 544 C.P.O.). Und unter denselben Gesichtspunkt fallen die §§ 422, 432, 433 Abs. 2 C.P.O., welche den Widerruf der Eideszuschiebung sogar nach eingetretener Rechtskraft des die Eidesauflage enthaltenden bedingten Endurtheils erlauben, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt ist. Vollkommen ist dieser Gedanke auch im heutigen Recht insofern noch nicht durchgeführt, als § 161 St.G.B. bei jeder Verurtheilung wegen Meineides — ausgenommen in den Fällen der §§ 157, 158 — zwar die dauernde Unfähigkeit des Verurtheilten, den Zeugen oder Sachverständigeneid zu leisten, ausgesprochen wissen will, während Unfähigkeit zur Leistung eines Parteieneides niemals ausgesprochen werden kann, obwohl doch hier die Wahrheit des Beschworenen ebenso erheblich ist wie dort. Würde man diese Folgerung noch ziehen, dann müßte freilich der Richter jede Eideszuschiebung an einen wegen Meineids Verurtheilten zurückweisen bezw. die Eidesauflage bei später erlangter Kenntniß von solcher Verurtheilung wieder aufheben und der nach rechtskräftiger Verurtheilung wegen Meineids von dem Verurtheilten geschworene Parteieneid wäre wirkungslos.

Das Ergebniß dieses Vergleichs zwischen dem römischen und dem geltenden Rechte ist Folgendes: nach römischem Rechte war der zugeschobene Eid ein Mittel zur Feststellung von Ansprüchen und Rechtsverhältnissen; heute ist er ein Mittel zur Feststellung von Thatsachen. Nach römischem Rechte war die Wahrheit des Beschworenen unerheblich für die Wirksamkeit des Eides und die Eideszuschiebung deshalb ein Dispositionsmittel; heute dagegen betonen Proceß- und Strafrecht in so hohem Maße die Wahrheit des Eides, daß selbst eine fahrlässige Verletzung der Wahrheitspflicht die Unwirksamkeit des Eides und Strafe nach sich zieht; die Eideszuschiebung ist deshalb kein Dispositionsmittel mehr. Damit ist der erste Satz bewiesen, daß der zugeschobene Eid des geltenden Rechts eine andere Natur hat als diejenigen Parteieneide, aus welchen sich die gegenwärtige Einrichtung entwickelt hat.

II.

Bei Beantwortung der weiteren Frage nach der *selbständigen Daseinsberechtigung des zugeschobenen Eides in seiner jetzigen Gestalt* ist davon auszugehen, daß nach dem Willen der deutschen C.P.O. die Wahrheit der eidlichen Erklärung für die Wirksamkeit des Eides rechtserheblich ist. Die eidliche Erklärung der Partei gilt natürlich ebenso

Digitized by Google

wie diejenige eines Zeugen so lange für wahr, als das Gegentheil nicht feststeht. Aber der Beweis des Gegentheils ist auch gegenüber dem Parteieneid zugelassen und bewirkt, daß diese Urtheilsgrundlage hinfällig wird. Hiernach soll der Parteieneid ein Wahrheitserforschungsmittel sein, womit jedoch nicht gesagt werden will, daß ihm wirklich eine solche Bedeutung zukommt. Im Gegentheil, es wird sich zeigen, daß der zugeschobene Eid überhaupt nicht fähig ist, den Platz eines Wahrheitserforschungsmittels auszufüllen.

Die deutsche C.P.O. hat sich durch die Bezeichnung des Parteieneides als Beweismittel (Ueberschrift zu Buch 2 Tit. 10 der C.P.O.) an die vorangegangene Entwickelung angeschlossen. Diese Bezeichnung entspricht vollkommen der Absicht, den Parteieneid als Wahrheitserforschungsmittel, nicht als Ersatzmittel für das Urtheil zuzulassen. Damit stimmt auch die Beschränkung des Eides auf Thatsachen überein; sie bildet geradezu den Schlüssel für das Verständniß dieser in § 410 enthaltenen Beschränkung, welche sagen will, daß die Feststellung durch den Parteieneid den Gegenstand mit der Beweisführung durch andere Auskunftspersonen (Zeugen) gemeinsam habe; die eidliche Parteienerklärung soll wie die Zeugenaussage nur auf solche Vorgänge und Zustände gerichtet werden, von denen die schwörende Partei nach ihren subjektiven Fähigkeiten wissen kann.[8]) Jener Bezeichnung entspricht die Bevorzugung des Eides über eigene Handlungen oder Wahrnehmungen (§ 413 Abs. 2), die Zulassung des Gegenbeweises (§ 428 Abs. 2), ferner § 411, wonach die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, unzulässig ist. Anscheinend paßt sich der Beweismitteleigenschaft auch § 412 an, welcher die Wirksamkeit der Eideszuschiebung von der Thatsache abhängig macht, daß auf der zuschiebenden Partei die Beweislast ruht, welche jedoch nicht bloß dann vor der Eidesauflage geprüft werden muß, wenn beide Parteien sich gegenseitig den Eid zuschieben.[9]) Ebenso scheinen damit übereinzustimmen die Bezeichnung der

[8]) Vgl. Kleinfeller a. a. O. (s. Anm. 1) S. 280 ff. und in der Zeitschrift f. deutschen Civilproceß Bd. 16 S. 233 ff.

[9]) A. M. Trutter, J., Ueber processualische Rechtsgeschäfte (1890) S. 337 ff., bes. 341: „Geprüft wird die Zulässigkeit des Eides, mit Rücksicht auf die Voraussetzung, daß der Deferent beweispflichtig ist, erst dann, wenn das Gericht sich über das Ergebniß des Eidesverfahrens auszusprechen hat. Diese Prüfung erfolgt von Amtswegen, denn die Voraussetzung ist eine absolute. Ausnahmsweise muß aber diese Prüfung schon in einem früheren Momente erfolgen und zwar nur in dem Falle, als ein Eid über das Widerspiel einer Thatsache zugeschoben wird, bezüglich welcher bereits eine Eideszuschiebung vorliegt. Zwei Eidesgeschäfte bezüglich derselben Thatsache können nicht nebeneinander bestehen ....“ S. 342: „Anläßlich

Digitized by Google

Eideszuschiebung als Beweisantretung (§ 416) und die Möglichkeit der Eidesauflage durch Beweisbeschluß (§ 426 Abs. 1).

Bei den §§ 412 und 416 aber ist die Uebereinstimmung mit der Beweismitteleigenschaft des zugeschobenen Eides nur Schein. Da der Eid (oder vielleicht richtiger der Schwörende) das Beweismittel und der Schwörende zugleich Partei ist, so würde man mit viel mehr Recht sagen: die Eidesannahme ist Beweisantritt; denn durch die Annahme erklärt die annehmende Partei, daß sie für ihre Behauptung einen Beweis vorführen wolle, während die Eideszuschiebung das gerade Gegentheil eines Beweisantrittes, nämlich die Erklärung enthält, daß der Zuschiebende einen Beweis für die Unwahrheit seiner Erklärung vom Gegner erwarte. Die Eideszuschiebung ist also nicht Beweisangebot, sondern Ablehnung der Beweisführung unter Ueberwälzung der Beweislast auf den Gegner. § 416 könnte noch eher mit jener Theorie in Einklang gebracht werden, welche sagt: nicht der Eid, sondern die Eideszuschiebung ist Beweismittel, insofern nämlich dieses angebliche Beweismittel nur durch die Zuschiebungserklärung selbst angeboten werden könnte. Aber die letztere Theorie ist überhaupt falsch und jedenfalls im Widerspruch mit der Ueberschrift zu Tit. 10 des 2. Buchs der C.P.O.

Während § 416 für sich allein unschädlich, weil überflüssig ist, führt § 412 unter Umständen sogar zu einem Ergebniß, welches dem Zwecke der Wahrheitserforschung widerspricht. Die Bedeutung der Beweislast im Proceß besteht darin, daß das Mißlingen einer Beweisführung für den Beweisführer nur dann von Nachtheil ist, wenn dieser zufolge der Regeln über die Beweislast den unternommenen Beweis erfolgreich führen mußte, um zum Siege zu gelangen. Das Mißlingen einer ohne Beweislast unternommenen Beweisführung dagegen ist für den Beweisführer unschädlich. Wenn z. B. der Beklagte den Beweis für eine Thatsache ohne Erfolg unternommen hat, für welche der Kläger die Beweislast trägt, so hindert die Erfolglosigkeit dieser Beweisführung des Beklagten nicht die Abweisung der Klage, falls nicht der Kläger den auf seiner Seite erforderlichen Beweis beigebracht hat. Auf die Eideszuschiebung angewandt, äußert die Beweislast die Wirkung, daß der von einer nicht

---

der zuerst erfolgenden Eideszuschiebung kann sich das Gericht ganz passiv verhalten; es braucht nicht zu untersuchen, ob sie von Seite des Beweispflichtigen erfolgte; über dieselbe kann es zum Eidesverfahren ohne diesbezügliche Prüfung kommen. Erfolgt aber eine coincidirende Eideszuschiebung auch von der zweiten Seite, so muß das Gericht sofort die Beweispflicht der beiden Parteien prüfen, um sich über die Zulässigkeit der intentionirten Eidesgeschäfte aussprechen zu können." Vergl. hier unten den Text nach Anm. 10.

Digitized by Google

mit der Beweislaſt beſchwerten Partei zugeſchobene und zu ihrem Nachtheil von deren Gegner ausgeſchworene Eid nicht beachtet werden darf. Dieſe Bedeutung kann der Beweislaſt ſelbſt durch den übereinſtimmenden Willen der Parteien nicht genommen werden (§ 415); auch § 426 überhebt den Richter nicht der Prüfung (ſ. unten S. 79). Wenn nun der Zuſchiebende nicht beweispflichtig und die Thatſache überhaupt erheblich iſt, ſo ruht die Beweislaſt auf dem Gegner des Zuſchiebenden. Beweismittel iſt die ſchwörende Partei bezw. ihr Eid, jedenfalls nicht die Eideszuſchiebung, denn dieſe iſt nicht Erkenntnißquelle, ſondern Willenserklärung; durch die Zuſchiebung wird niemals etwas bewieſen. Im Falle der Eidesleiſtung wird alſo der Beweis durch die mit der Beweislaſt beſchwerte Partei zu ihren Gunſten geführt; trotzdem iſt dieſer Beweis nicht beachtlich, weil nach § 416 die Eideszuſchiebung Beweisantretung iſt, alſo nach Anſicht des Geſetzes ein mißlungener Verſuch zur Beweisführung auf Seiten der die Beweislaſt nicht tragenden Partei vorliegt und die Folgen des mißlungenen Beweiſes nach § 412 diejenige Partei nicht treffen dürfen, welche den Eid zugeſchoben hat, ohne die Beweislaſt zu haben.

Dieſe Folgerung aus § 412 kann jedoch nur gezogen werden, wenn die Eidesauflage durch Beweisbeſchluß erfolgt war, und für dieſen Fall hat auch das Reichsgericht die Richtigkeit der Folgerung anerkannt.[10]) Bei richtiger Anwendung des § 412 müßte freilich die Beweislaſt vor der Eidesauflage geprüft werden, auch wenn dieſe durch Beweisbeſchluß erfolgt. Denn daraus, daß nach der C.P.O. die endgültige Prüfung der Beweislaſt erſt im Endurtheil zu erfolgen braucht, darf nicht der Satz abgeleitet werden, daß der Beweisbeſchluß ohne jede Prüfung der Beweislaſt ergehen dürfe; dies gilt hinſichtlich der Eidesauflage um ſo mehr, weil überflüſſige Eide zu vermeiden ſind. Der Fehler des Richters aber entlaſtet das Geſetz nicht, denn es bleibt immer wahr, daß aus rein formalen Gründen der die Beweislaſt tragenden Partei das Beweismittel des eigenen Eides abgeſchnitten wird.

Wenn dagegen der Eid durch bedingtes Endurtheil auferlegt wurde und dieſes die Rechtskraft beſchritten hat, ſo iſt durch die Rechtskraft der Mangel geheilt, welcher der Eideszuſchiebung ſeitens einer nicht beweispflichtigen Partei anhaftet. Der auf Grund ſolcher Eideszuſchiebung vom Delaten ausgeſchworene Eid muß trotz § 412 berückſichtigt werden. Die Beachtlichkeit des geleiſteten Eides wird alſo bei Verletzung der Beweislaſtregel abhängig von der Form der Eidesauflage; der Forma-

[10]) R. R. II. Civ.-Sen. 14. Dez. 1886, Entſch. Bd. 17 S. 334 ff.

Digitized by Google

lismus siegt über die Beweismitteleigenschaft. Der zuletzt erwähnte Fall wird allerdings nicht so leicht eintreten, wie der erstere, weil das Gericht bei Erlaß des bedingten Endurtheils die Beweislastfrage endgültig prüfen muß. Aber es liegt gerade bei der Eideszuschiebung die Möglichkeit nicht so ferne, daß diese Prüfung übersehen wird, ganz abgesehen von der Möglichkeit unrichtiger Beurtheilung der Beweislast.

Man hat ferner durch die Eideszuschiebung eine Verschiebung der Beweislast trotz § 412 eintreten lassen, wenn die Parteien über Erheblichkeit und Norm des Eides einverstanden waren (§ 426) und der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt wurde.[11]) Diese Ansicht des Reichsgerichts kann aber nicht richtig sein, weil sonst § 426 mit § 415 in Widerspruch träte, indem ersterer eine Ausnahme von § 412 zulassen würde, welche der letztere offenbar ausschließen will, da er die discretionäre Gewalt des Gerichts auf die §§ 410, 413 und 414 beschränkt.

Aus § 412 ergiebt sich die Folge, daß ein für die Wahrheitserforschung werthvoller Parteieneid, obwohl bereits geleistet, möglicherweise verloren geht, weil er nicht beachtet werden darf. Erfolgt aber von beiden Parteien gegenseitig Eideszuschiebung über den nämlichen Gegenstand, so droht von einer anderen Seite her die Gefahr, daß der Formalismus zu einem Ergebniß führt, welches sich mit dem Zweck der Wahrheitserforschung schlecht oder gar nicht vereinigen läßt. Es entspricht diesem Zweck, daß § 413 Abs. 2 die Zurückschiebung des Eides verbietet: „wenn die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber die Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde". Der einleuchtende Grund dieser Bestimmung ist der, daß der Eid desjenigen, welcher über eigene Handlungen schwört, mehr inneren Werth hat, als der Eid dessen, welcher über fremde Handlungen oder Wahrnehmungen schwört. Man sollte demnach einen Satz des Inhalts erwarten: wenn beide Parteien sich gegenseitig den Eid zuschieben und der Gegenstand des Eides die angebliche eigene Handlung der einen, nicht aber der anderen Partei ist, so gilt bloß die Zuschiebung an jene Partei, welche über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören hätte; Zurückschiebung findet in diesem Falle nicht statt. Ein solcher Satz fehlt jedoch in der C.P.O. Wenn nun die erste Zuschiebung von der die Beweislast tragenden Partei ausgeht, so ist sie nach § 412 wirksam und die folgende Zuschiebung kann höchstens, als Zurückschiebung ausgelegt, von Belang sein, soweit § 413 Abs. 2 nicht

[11]) R. G. III. Civ. Sen. 30. Apr. 1886, Bolze, Praxis d. Reichsger. in Civilsachen Bd. 3 Nr. 1256.

Digitized by Google

im Wege steht. Wenn jedoch die erste Zuschiebung von dem Gegner der die Beweislast tragenden Partei ausgeht, so ist sie nach § 412 unwirksam. Eine nunmehr von der anderen Seite her erfolgende Zuschiebung darf daher in keinem Falle als Zurückschiebung betrachtet werden, sondern ist die allein wirksame Zuschiebung. Hat zufolge dieser letzteren der Empfänger der Zuschiebung über fremde Handlungen oder Wahrnehmungen zu schwören, während der Zuschiebende über seine eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen schwören könnte, so ist zwar die Zurückschiebung möglich, aber Niemand kann den Empfänger der Zuschiebung dazu zwingen, daß er zurückschiebe. Hatte er auch vorher seinem Gegner den Eid angetragen, so kann er sich doch jetzt anders besinnen und selbst schwören wollen. Das Gesetz begnügt sich hier mit dem minderwerthigen Eid, den es in § 413 verwirft und bloß deshalb, weil dieser minderwerthige Eid in dem einen Fall der zugeschobene, im andern Fall der zurückgeschobene ist.

Dieser Fall unterscheidet sich wesentlich von dem allerdings auch möglichen Fall, daß die einzige Eideszuschiebung, welche überhaupt erfolgt, die Eidesleistung über fremde Handlungen herbeiführt, während der Zuschiebende über eigene Handlungen hätte schwören können. Während dort eine doppelte Zuschiebung vorlag, dem Richter aber durch § 412 die Wahl abgeschnitten ist, steht er hier überhaupt nur einer einzigen Zuschiebung gegenüber. Ein praktischer Fall dieser Art war es, welcher bei dem O.L.G. Dresden die Entscheidung der Frage veranlaßte: Kann der Eid über Handlungen des Rechtsvorgängers des Gegners auch dann zugeschoben werden, wenn der Zuschiebende selbst der Rechtsvorgänger ist? Das Urtheil hat nach Hervorhebung einiger Bedenken die Frage mit vollem Recht bejaht, weil § 410 sich ganz bestimmt und ohne Unterscheidung ausdrückt, so daß eine beschränkende Unterscheidung nicht am Platze ist.[12]) Welche Zwangslage für die Partei, die es vor dem Proceß versäumt hat, sich bei ihrem Rechtsvorgänger über die Verhältnisse genau zu erkundigen, und welche nun mit dem Rechtsvorgänger selbst im Streit liegt, so daß die Hauptquelle der Belehrung für sie nicht fließt! Wenn sie zurückschiebt, verliert sie den Civilproceß, wenn sie schwört, läuft sie die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung.

Was ist das für ein Beweisrecht, welches lediglich die größere oder geringere Gewissenhaftigkeit der Partei, vielleicht den Zufall darüber entscheiden läßt, ob die besser oder schlechter unterrichtete Partei zum

---

[12]) O. L. G. Dresden 5. Dec. 1882, Seufferts Arch. Bd. 45 Nr. 26; vgl. hierzu meine Schrift über den Thatsacheneid S. 307, 308.

Digitized by Google

Eide kommt, und welches den Richter nicht nur zwingt, sich mit der Aussage der letzteren zu begnügen, sondern ihn auch zwingt, diese Aussage als voll beweisend hinzunehmen, während weder der Richter noch die Parteien Vertrauen zu ihr haben. Man verleugnet nicht nur den Satz: judici fit probatio, sondern es bewährt sich auch die Vermuthung nicht, auf welcher das Recht der Eideszuschiebung beruht, daß nämlich das Vertrauen der einen Partei zur andern das Entscheidende sei. Der Zuschiebende hat den Eid nur zugeschoben, weil er unter den obwaltenden Umständen die Zurückschiebung sicher erwartete, und der Gegner schwört im Drange der Noth, weil vielleicht seine ganze Existenz auf dem Spiele steht.

Die folgerichtige Ausbildung der Beweismittelnatur des Parteieneides führt zu der vom kanonischen Recht gezogenen Folgerung, daß nur die Partei schwören darf, welche das bessere Wissen besitzt und daß allein der Richter darüber entscheidet, auf welcher Seite diese Voraussetzung erfüllt ist. Diese Folgerung enthält aber die Vernichtung der Eideszuschiebung überhaupt. Mit dem zugeschobenen Eide ist, wie sich hierin deutlich zeigt, die Beweismittelnatur unvereinbar. Dieser würde äußerlich wenigstens auch noch der Satz entsprechen: die Eideszuschiebung kann nur an diejenige Partei erfolgen, auf welcher die Beweislast ruht; Zurückschiebung ist unzulässig. Dann wäre der zugeschobene Eid das Mittel, durch welches die mit der Beweislast beschwerte Partei die Gewißheit über streitige Thatsachen herstellt. Ein solcher Satz würde aber natürlich zu dem nämlichen Mißstande führen, wie das geltende Recht, daß nicht das bessere Wissen der Partei, sondern ein Umstand entscheidet, von dem die Güte und Wahrheit der eidlichen Erklärung unabhängig ist. Ferner würde auf diesem Wege die mit der Beweislast beschwerte Partei ganz vom Gegner abhängig gemacht werden; sie könnte durch ihren Eid auf die Ueberzeugung des Richters nicht wirken, ihrer Beweislast so nicht genügen, wenn es dem Gegner nicht genehm wäre. Die Eideszuschiebung verträgt sich hiernach überhaupt nicht mit der Abhängigkeit von der Beweislast.

Die Eideszuschiebung über Handlungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters des Gegners wurde zugelassen, weil man annahm, daß der Rechtsnachfolger und der Vertretene sich über die Handlungen seines Rechtsvorgängers bezw. Vertreters genauere Kenntniß verschaffen könne, als bezüglich anderer fremder Handlungen. Zwar hatte man die absolute Richtigkeit dieser Annahme sowohl in der hannöverschen als in der norddeutschen Civilproceßcommission bestritten,[13]) aber das Bedürfniß des

[13]) Vgl. Protocolle d. Commission z. Berathung einer allgem. C.P.O. f. d.

Digitized by Google

Lebens war jedesmal stärker gewesen als die Logik. Richtig ist nur, daß auf Seiten des Rechtsnachfolgers und des Vertretenen über die Handlungen des Rechtsvorgängers und des Vertreters genauere Kenntniß als über sonstige fremde Handlungen, ja sogar ebenso genaue Kenntniß wie über eigene Handlungen vorhanden sein kann und daß es deshalb nicht minder ungerecht wäre, die eidliche Parteiaussage über solche Thatsachen vollständig auszuschließen, als es unvernünftig ist, sie ohne richterliche Prüfung allgemein zuzulassen. Wenn z. B. der Sohn im Geschäft seines Vaters bei dessen Lebzeiten mitgearbeitet hat und nach dem Ableben des Vaters als Rechtsnachfolger in einen Proceß über Ansprüche verwickelt wird, welche aus der Geschäftsführung des Vaters stammen, so ist es reine Thatfrage, ob der Sohn hierüber gar nicht oder nur mangelhaft oder so genau wie der Vater selbst unterrichtet ist. Er kann ferner über andere fremde Handlungen vielleicht ebenso genau unterrichtet sein, wie es möglich ist, daß ihm die Erinnerung an eine eigene Handlung oder Wahrnehmung fehlt. Das Gesetz aber versagt dort die Zulassung des zugeschobenen Eides ebenso unbedingt, wie es dieselbe hier unbedingt gewährt.

Wie schwer es übrigens ist, die Grenze zwischen den Handlungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters einer Partei und anderen fremden Handlungen zu ziehen und wie verkehrt es ist, die Zulässigkeit des Parteieneides von dem Formalismus der Eideszuschiebung sowie von einer reinen Rechtsfrage abhängig zu machen, beweisen recht deutlich zwei Fälle, in welchen die Zuschiebung über Handlungen eines Vertreters des Rechtsvorgängers der Gegenpartei erfolgt war[14]). Die Zuschiebung wurde für zulässig erklärt, weil der Beweisführer nach der offenbaren Absicht des Gesetzgebers nicht darunter soll leiden müssen, „daß er genöthigt ist, mit einem Rechtsnachfolger des eigentlichen Gegners zu streiten" und auch der Vertreter des Rechtsvorgängers als „Vertreter des Gegners" im Sinne des § 410 C.P.O. gelten müsse. Geht man aber auf den Grund zurück, auf welchem die Beschränkung der Eideszuschiebung über fremde Handlungen beruht, so war hierbei vielmehr die größere Wahrscheinlichkeit genauen Wissens maßgebend. Und diese Wahrscheinlichkeit kann nur auf die Möglichkeit der Kenntniß aus unmittelbarer Mittheilung seitens des Handelnden an den Rechtsnachfolger oder Vertretenen gestützt werden; aus Briefen und sonstigen Urkunden kann man sich auch über

deutschen Bundesstaaten, Bd. 8 S. 2802; Protocolle der Commission z. Ausarbeitung des Entw. einer C.P.O. f. d. Staaten d. Nordd. Bundes Bd. 2 S. 1012 ff.

14) R.G. II Civ.-Sen. 1. Nov. 1882, Entsch. Bd. 8 S. 341 ff.; O.L.G. Hamburg 5. April 1889, Seufferts Arch. Bd. 44 S. 369.

Digitized by Google

die Handlungen anderer Personen unterrichten. Ob nun die Partei solche unmittelbare Belehrung besitzt oder noch erlangen kann, ist freilich Thatfrage; aber die Möglichkeit des Vorhandenseins bezw. der Erlangung solcher Kenntniß ist doch im Verhältniß zwischen der Partei und ihrem eigenen Vertreter viél wahrscheinlicher als zwischen ihr und dem Vertreter ihres Rechtsvorgängers. Es ist daher durchaus nicht so sonnenklar, wie das Reichsgericht und das O.L.G. Hamburg meinen, daß § 410 die fragliche ausdehnende Auslegung rechtfertigt. Die Entscheidung darüber, ob hier der Parteieneid zugelassen werden soll oder nicht, wäre richtiger ausschließlich vom richterlichen Ermessen (wie nach § 437 C.P.O.) als von juristischer Spitzfindigkeit und Haarspalterei abhängig zu machen. Es ist verkehrt, die Frage zu stellen, ob Jemand über fremde Handlungen zuverlässig unterrichtet sein *kann*; vielmehr wäre immer zu fragen, ob die Partei *wirklich* unterrichtet ist; dies aber ist keine Rechtsfrage.

Zu einem wenig befriedigenden Ergebniß führt der Formalismus der Eideszuschiebung, wenn sie an die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft erfolgt ist und von diesen angenommen wurde, falls nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils aber vor der Eidesleistung gerade derjenige Gesellschafter ausscheidet, welcher die fragliche Handlung selbst vorgenommen hat. Der letztere kann nun nicht mehr zur Eidesleistung angehalten werden, weil er durch den Austritt aus der Gesellschaft von deren Vertretung ausgeschlossen ist[15]). Die Gegenpartei hatte aber vielleicht gerade im Vertrauen auf dessen eigenes Wissen den Eid zugeschoben. Sie muß nun die Eidesleistung der übrigen Gesellschafter über sich ergehen lassen, wie wenn der ehemalige Gesellschafter gestorben wäre, denn an seine Vernehmung als Zeuge ist nach eingetretener Rechtskraft des bedingten Endurtheils nicht mehr zu denken.

Reiner Formalismus ist es auch, daß sich der Richter bei der Eideszuschiebung gar nicht um die Quelle des Wissens des Schwörenden erkundigen kann,[16]) während doch bei jeder anderen Auskunftsperson nach dieser Quelle gefragt werden muß (§ 361 Abs. 2 C.P.O.).

Höchst unbefriedigend ist ferner das Ergebniß, wenn sich im Processe auf beiden Seiten die Rechtsnachfolger derjenigen Personen gegenüber stehen, deren Handlungen streitig sind, und wenn nun der Kläger dem Beklagten den Eid zuschiebt, der Beklagte aber weder selbst zu schwören wagt, noch dem Gegner das Vertrauen schenken will, um ihm den Eid zurückzuschieben. Der Eid wird als verweigert angesehen und zu Gunsten

---

[15]) R.G. III Civ.-Sen. 9. Juni 1885, Entsch. Bd. 14 S. 20, 21.

[16]) R.G III Civ.-Sen. 4. Febr. 1881, Seufferts Arch. Bd. 36, S. 362, 363.

Digitized by Google

des Zuschiebenden gilt das Gegentheil der zu beschwörenden Behauptung als voll bewiesen, obwohl der Zuschiebende seiner Beweislast nicht genügt hat (S. 77), obwohl es gar nicht feststeht, ob er dieses Gegentheil selbst durch seinen Eid bekräftigen würde, falls Zurückschiebung eingetreten wäre. Der Beklagte wird hier durch das Gesetz zur Zurückschiebung genöthigt, weil er doch noch eine schwache Aussicht hat, den Proceß zu gewinnen, sofern nämlich der Kläger ebenfalls so gewissenhaft ist, nicht zu schwören. Wird nun der zurückgeschobene Eid geleistet, so beruht die formale Beweiskraft dieses Ueberzeugungseides auf dem gar nicht vorhandenen Vertrauen des Beklagten zum Kläger. Es ist schwer begreiflich, wie man eine Einrichtung befürworten kann, vermöge deren die Partei ihre Beweislast durch einfache Willenserklärung auf den Gegner thatsächlich abzuwälzen vermag.

Gegenstand des Eides sollen nur „Thatsachen" sein, d. h. die Parteien sollen wie Zeugen nur solche Behauptungen beschwören, über deren Richtigkeit sie nach ihren persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten ein Wissen haben können. Die schwörende Partei soll hiernach vor Allem dem Richter nicht das Urtheil über Rechtsfragen abnehmen; in der Eidesformel sollen Rechtsbegriffe nur so weit vorkommen, als ihre richtige Anwendung von der schwörenden Partei vorausgesetzt werden kann. Sachverständigenurtheile sollen Gegenstand des Parteieneides nur unter der Bedingung werden, daß die schwörende Partei die erforderlichen Sachkenntnisse wirklich besitzt. Diese Bedeutung des Thatsachenbegriffes ergiebt sich sowohl aus der Geschichte des Eidesrechtes als aus den Bestimmungen des § 424 über die Eidesnorm. Folglich müßte sich der Richter überall da, wo nicht die Angehörigkeit einer Partei zu einer bestimmten Gesellschaftsclasse oder zu einem Berufsstande auf den Grad ihrer geistigen Bildung und auf die Vertrautheit mit den fraglichen Verhältnissen zuverlässig schließen läßt, vor der Eidesauflage vergewissern, ob die zum Schwur bereite Partei den Eidessatz wirklich versteht. Der Richter müßte daher in allen zweifelhaften Fällen, insbesondere, wenn Rechtsbegriffe, Wahrnehmungen, die eine Sachkunde voraussetzen oder sonstige Urtheile, welche nicht Jedermann zugetraut werden dürfen und doch nicht ausschließlich in den Kreis der richterlichen Aufgabe fallen, Gegenstand des Parteieneides werden sollen, das persönliche Erscheinen der Partei anordnen, um durch persönliche Befragung eine sachgemäße Feststellung des Eidessatzes vorzubereiten.

Der Zweck aber, für welchen die C.P.O. § 132 die Maßregel der Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien gestattet, nämlich die Aufklärung des Sachverhältnisses gemäß § 130, läßt es schon zweifelhaft erscheinen, ob bei § 132 an eine Befragung der Parteien zur Vor-

Digitized by Google

bereitung der Eidesauflage gedacht werden darf. Jedenfalls ist mangels einer gebietenden Vorschrift von den stark belasteten Gerichten in großen Städten nicht zu erwarten, daß sie von einer so zweifelhaften Ermächtigung, wie sie § 132 enthält, Gebrauch machen, um ihre Geschäftslast zu vermehren. Ueberdies fehlt es dem Richter an jedem Zwangsmittel, um wenigstens das Erscheinen der Parteien zu sichern. War der Eidessatz durch Beweisbeschluß festgestellt worden, weil der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreites dienen soll, so ist allerdings noch unmittelbar vor der Eidesleistung jede beliebige Aenderung des Eidessatzes möglich; und war die Form des Beweisbeschlusses mit Rücksicht auf das Einverständniß der Parteien gewählt worden, so ist wenigstens mit Zustimmung des Gegners jede Aenderung des Eidessatzes zulässig. Liegt dagegen ein rechtskräftiges bedingtes Endurtheil vor, so wird die Aenderungsmöglichkeit durch § 431 beschränkt. Im letzteren Falle wird dem Richter die Umgestaltung des Eidessatzes vielfach unmöglich sein, selbst wenn er einsieht, daß der Eidessatz in seiner gegenwärtigen Fassung auf das Verständniß des Schwörenden nicht berechnet ist.

Ebenso wie die Voraussetzungen und der Gegenstand der Eideszuschiebung trägt auch ein Theil der zulässigen Eidesnormen (§ 424) dazu bei, den Eid werthlos zu machen. Unvernünftig ist es vor Allem, daß dem Parteieneide die gleiche Wirkung beigemessen wird, gleichviel ob die Wahrheit oder nur die Ueberzeugung von der Wahrheit, die Unwahrheit oder die Ueberzeugung von der Unwahrheit oder der Mangel einer Ueberzeugung von der Wahrheit beschworen wird. Wenn auch diese Erscheinung durch die formale Natur des Feststellungsmittels einigermaßen erklärt wird, so wird sie doch dadurch nicht mit der Vernunft in Einklang gebracht. Daß der Glaubenseid mit dem Wahrheitseid seinem Wesen nach nicht gleichwerthig ist, darüber besteht keine Meinungsverschiedenheit. Der Ueberzeugungseid aber hat keinen höheren inneren Werth als der Glaubenseid.[17]) Theoretisch mag man ihn als verstärkten Glaubenseid betrachten. Die Ueberzeugung setzt das Bewußtsein von bestimmten Ueberzeugungsgründen voraus, während das Glauben zwar auch auf Gründen beruhen soll, aber nicht dadurch bedingt ist, daß der Schwörende sich diese Gründe und ihr Verhältniß zu etwaigen Gegengründen zum klaren Bewußtsein gebracht hat. Praktisch wird jedoch dieser feine Unterschied wohl meistens bedeutungslos bleiben; die Parteien werden ihre Ueberzeugung beschwören, wenn sie zu wissen glauben, ohne

---

[17]) Vgl. Demelius, Schiedseid und Beweiseid S. 119 Anm. 25 a. E., Kleinfeller, Thatsacheneid S. 292, 293, Zimmermann, Glaubenseid S. 440, 441.

Digitized by Google

über den Unterschied zwischen „Glauben" und „Ueberzeugtsein" auch nur nachzudenken. Thatsächlich mag sogar mancher Wahrheitseid auf der Grundlage solchen vermeintlichen Wissens geleistet werden.

Trotz der Gleichstellung des Beweiswerthes von Wahrheits- und Ueberzeugungseid duldet der Formalismus des Gesetzes nicht unter allen Umständen, daß statt des auferlegten Wahrheitseides der Ueberzeugungseid geschworen wird. Wenn nämlich die Auflage wegen Einverständnisses der Parteien über die Erheblichkeit und Norm des Eides durch Beweisbeschluß erfolgte, so kann der Schwurpflichtige, obwohl der Beschluß nicht in Rechtskraft erwächst, nachträglich nicht einseitig vom Wahrheitseide abgehen und sich zur Leistung des Ueberzeugungseides erbieten. Er muß entweder den Wahrheitseid schwören, oder er muß, wenn er das nicht wagt, ungeachtet der Gleichwerthigkeit des Ueberzeugungseides den Proceß verlieren.[18]) Denn das Gesetz hat die Norm des Eides in gewissem Sinne unter die Disposition der Parteien gestellt. Der Richter hat zwar auch im Falle ihres Einverständnisses von Amtswegen die Norm zu prüfen und soll nicht den Wahrheitseid auferlegen, wo nach § 424 Abs. 2 der Ueberzeugungseid auferlegt werden sollte. Aber die Umstände, welche die Anwendung des § 424 Abs. 2 rechtfertigen würden, können ihm verborgen bleiben, weil er die Parteien selbst überhaupt nicht sieht und deshalb nicht befragen kann, oder weil ihm diese Umstände trotz persönlicher Befragung der Parteien, sei es absichtlich, sei es aus Rechtsunkenntniß, verschwiegen werden. Jedenfalls begeben sich die Parteien, welche ihr Einverständniß mit der vom Richter gutgeheißenen Eidesnorm erklären, der Rechtsmittel für den Fall, daß der Richter nun Beweisbeschluß erläßt. Der Beweisbeschluß setzt also voraus, daß nicht nur die zwei Parteien, sondern der Richter und die Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides einig sind. Der Schwörende kann deshalb vom auferlegten Wahrheitseid zum Ueberzeugungseide nur dann übergehen, wenn die Gegenpartei und der Richter einverstanden sind. Widerspricht der Richter dieser Aenderung, so kann der Conflict durch den Erlaß eines bedingten Endurtheils gelöst werden, welches den Parteien die Anrufung des höheren Richters ermöglicht; widerspricht nur die Gegenpartei, so ist der gleiche Ausweg möglich, weil der Beweisbeschluß den Richter ebensowenig bindet wie das Einverständniß der Parteien, dann erfolgt Auflage des Ueberzeugungseides durch Urtheil und die Gegenpartei des Schwurpflichtigen ist in der Lage, dasselbe anzufechten; sie ist durch den im Einverständniß liegenden Verzicht auf Rechtsmittel nicht mehr ge-

[18]) O. L. G., Jena, 4. Nov. 1886, Seufferts Arch. Bd. 43 S. 365, 366.

Digitized by Google

bunden, weil ihr Gegner, der Schwurpflichtige, erklärt hat, von dem Einverständniß abweichen zu wollen. Widersprechen aber Richter und Gegenpartei der Aenderung, so ist der Ausweg verschlossen, weil die schwörende Partei im Verhältniß zu ihrem Gegner gebunden ist durch das Einverständniß und im Verhältniß zum Richter kein Recht darauf hat, daß der Beweisbeschluß durch Urtheil ersetzt werde. Der Erlaß eines bedingten Endurtheils würde auch gar nichts ändern, weil die schwurpflichtige Partei sich von vornherein vertragsweise der Anfechtung begeben hat und ihr Gegner an der Vereinbarung festhält. Wenn das Gesetz dem Einverständniß nicht diese Bedeutung beimessen würde, so wäre es unverständlich, warum es die Auflage durch unanfechtbaren Bescheid gestattet. Ebensowenig kann die Umwandlung eines rechtskräftig normirten Wahrheitseides in einen Ueberzeugungseid erfolgen; § 431 trifft hier nicht zu.[19])

Ferner darf bei der Würdigung des geltenden Rechts der Einfluß nicht übersehen werden, welchen die Eideszuschiebung auf den Gang des Verfahrens hat. Sie dient der Proceßverschleppung. Die Anwendung des Thatsachenbegriffes allein verursacht die Einlegung von Rechtsmitteln in großer Zahl. Wie häufig aber die Eideszuschiebung überhaupt Revisionen veranlaßt, lehrt ein Blick in die 11 Bände der „Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen" von Bolze; noch weit zahlreicher sind natürlich die aus dieser Quelle fließenden Berufungen. Die den Rechtsmittelweg verschließende Form der Eidesauflage durch Beweisbeschluß gestattet das Gesetz nur in drei Fällen und auch in diesen Fällen bleibt die Form eine facultative (§ 426). Die Regel soll die Eidesauflage durch bedingtes Endurtheil sein (§ 425). Daneben ist zwar noch die Form des bedingten Zwischenurtheils zugelassen; dieses aber kann nur erledigt werden, wenn die Eidesleistung nochmals durch bedingtes Endurtheil für nothwendig erklärt worden ist (§ 426 Abs. 2). Gerade die im Gesetz als Regel gewollte Form erscheint aber als die Quelle der Proceßverschleppung, weil gegen das bedingte Endurtheil die ordentlichen Rechtsmittel zulässig sind, weil ferner nach Ableistung des Eides das Läuterungsurtheil ergehen muß (§ 427), welches abermals den Rechtsmittelweg eröffnet.

Abgesehen von dem Versäumnißfall (§ 430)[20]) werden also schon in erster Instanz zwei, bezw. mit dem bedingten Zwischenurtheil drei Entscheidungen nothwendig und durch den Rechtsmittelweg kann ihre

[19]) O. L. G. Hamburg, 23. Oct. 1883, Seufferts Arch. Bd. 39 S. 354 ff. Unerheblich ist, daß es sich hier um einen richterlichen Eid handelte.

[20]) Vgl. hierüber Wach, Vorträge über die R.C.P.O. S. 124 ff.

Digitized by Google

Zahl auf sieben anwachsen, bloß um den Formalismus der Eideszuschiebung zu wahren. Man sage nicht, daß gegen das Läuterungsurtheil nicht leicht Rechtsmittel ergriffen werden können, weil ja die Folgen der Eidesleistung schon rechtskräftig feststehen. Es bleiben noch genug Möglichkeiten: z. B. erlaubt § 427 Abs. 1, daß der Ausspruch über die Folgen der Eidesleistung sowie der Nichtleistung wenigstens zum Theil vorbehalten werden, soweit die Lage der Sache die Feststellung der Folgen nicht gestattet.[21]) Es kann ferner vorkommen, daß der Richter unmittelbar vor der Eidesleistung den Eidessatz berichtigt hatte, oder daß es zur Leistung eines beschränkten Eides kam (§ 431) und der Gegner der schwörenden Partei hiermit nicht einverstanden war; die Rechtsmittel gegen das Läuterungsurtheil dienen dazu, ihren Widerspruch zu verfolgen. Endlich ist es möglich, daß der Richter mit Recht oder mit Unrecht eine andere Person hat schwören lassen als diejenige, welcher der Eid auferlegt war, sei es, daß eine im Urtheil nicht genannte Person sich für den Schwurpflichtigen ausgab und mit Bewilligung des Richters den Eid leistete, indem der Richter selbst gar keine Ahnung von dem Personenwechsel hatte, weil weder er selbst noch der Gegner die als Partei oder als Dritter (§§ 415, 435, 436) auftretende Person kannte, sei es, daß der Richter glaubte, eine andere als die im Urtheil bezeichnete Person ohne Weiteres zulassen zu dürfen, oder endlich daß er gegen den Antrag des Schwurpflichtigen den Eid einer anderen Person, z. B. des im Geschäfte der Ehefrau als Procurist arbeitenden Ehemannes an Stelle der Ehefrau selbst zurückgewiesen hat.[22])

Andererseits nöthigt § 427 Abs. 2, abgesehen von solchen Vorfällen, zu einer Scheinverhandlung. Das Läuterungsurtheil soll wie jedes andere Urtheil nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung ergehen. Die Eidesleistung aber stellt eine solche Verhandlung nicht dar, denn sie ist formell nach der Sprache des Gesetzes: Beweisaufnahme; ebenso ist die Eidesweigerung kein mündliches Verhandeln. Nach der Eidesleistung oder Verweigerung kann zwar die schwörende Partei bezw. der Gegner der den Eid verweigernden Partei seinen Antrag stellen und begründen. Welchen Antrag aber soll die andere Partei stellen, nachdem die Folgen der Eidesleistung wie der Nichtleistung rechtskräftig feststehen? Die

---

[21]) Vgl. Urtheil d. Bayr. obersten Landesger. v. 27. Febr. 1886, Sammlung Bd. 11 S. 350 und Seufferts Arch. Bd. 41 S. 459, 460, in welchem Falle drei verschiedene Eide auferlegt waren und deshalb die Berücksichtigung aller Möglichkeiten unthunlich erschien.

[22]) Einen andern Fall, in welchem das R.G. I. Civ.-Sen. 23. Juni 1883 den Personenwechsel auf Grund des § 431 für zulässig erklärte, s. in Entsch. Bd. 10 S. 169.

Digitized by Google

letztere Partei kann höchstens erklären, sie habe keinen Antrag zu stellen[23]) oder, was dem Wesen nach das Nämliche ist, sie beantrage, nach Lage der Sache zu erkennen. Sie verhandelt also überhaupt nicht, folglich müßte Versäumnißurtheil ergehen, welches jedoch ganz zwecklos wäre und deshalb in der Praxis unterbleibt. Es wird ein sogenanntes contradictorisches Endurtheil erlassen, obgleich keine contradictorische Verhandlung vorausging, ja nicht einmal ein Anlaß zu solcher bestand.[24])

Materielle Einreden, z. B. die des Vergleichs, auch wenn sie erst nach Eintritt der Rechtskraft des bedingten Endurtheils entstanden sein sollten, dürfen natürlich um der Rechtskraft willen im Läuterungsverfahren nicht berücksichtigt werden. Sie sind gemäß § 686 mittels besonderer Klage zu verfolgen; sie können aber nicht einmal vor der Eidesleistung berücksichtigt werden, denn das Gericht ist an seine, im bedingten Endurtheil ausgesprochene Entscheidung gebunden (§ 289).[25]) Der Eid muß geleistet werden, obgleich er möglicher Weise ganz überflüssig ist. Jedenfalls kommt nun ein neuer Proceß in Sicht, ehe nur der erste abgeschlossen ist.

Weit häufiger sind andere Fälle überflüssiger Eide, zu welchen der Formalismus der Eideszuschiebung nöthigt. Wenn der Eid über eine Thatsache zugeschoben wird, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß von Erheblichkeit ist, so muß die Zuschiebung an alle Streitgenossen erfolgen (§ 434). Kann nun ein Theil der Streitgenossen den Wahrheitseid, ein anderer Theil nur den Ueberzeugungseid leisten, so ist der letztere offenbar überflüssig. Während man bei einer Mehrheit von Wahrheitseiden über die nämliche Behauptung annehmen kann, daß der eine Eid durch den anderen verstärkt wird, darf der Ueberzeugungseid nicht als Verstärkung des Wahrheitseides betrachtet werden. Auf dieser Ansicht, daß die gleichzeitige Leistung eines Ueberzeugungseides neben einem Wahrheitseide über die nämliche Behauptung überflüssig ist, beruht § 436 C.P.O. Man kann es rechtfertigen, daß das Vertrauen des Zuschiebenden mit auf die Nothwendigkeit der Eidesleistung durch alle Streitgenossen gegründet wird, aber nur dann, wenn alle den Wahrheitseid oder alle den Ueberzeugungseid schwören.

Ist eine offene Handelsgesellschaft Partei, so erscheint es zweifelhaft, ob der Eid allen Gesellschaftern zugeschoben werden muß, oder nur denjenigen, welche die Gesellschaft zu vertreten befugt sind, oder nur den-

[23]) Bayr. oberstes Landesger. 10. Nov. 1882, Sammlung Bd. 9, S. 742.

[24]) Vgl. das in Anm. 23 angeführte Urtheil.

[25]) R.G. V. Civ.-Sen., 18. Dec. 1886, Entsch. Bd. 17, S. 341; O.L.G. Jena 15. Nov. 1886, O.L.G. Dresden, 23. März 1888, Seufferts Arch., Bd. 43, S. 103, 465.

Digitized by Google

jenigen, welche über eigene Handlungen schwören können. Faßt man die Gesellschafter als Streitgenossen auf, so muß der Eid allen Gesellschaftern, auch denjenigen zugeschoben werden, welche nicht befugt sind, die Gesellschaft zu vertreten, weil es bei der Eidesleistung sich nicht um eine Verfügungshandlung, sondern um Feststellung der Wahrheit handelt.[26]) Unter dieser Voraussetzung tritt die Gefahr ein, daß Wahrheits- und Ueberzeugungseid über die nämliche Behauptung geleistet werden. Zwar meint das Reichsgericht,[27]) auch von diesem Standpunkte aus sei die Zuschiebung an diejenigen Gesellschafter, welche nicht über eigene Handlungen schwören können, durch § 434 ausgeschlossen. Dort wird aber die Zuschiebung an einen Theil der Streitgenossen nur dann zugelassen, wenn die Zuschiebung an einzelne derselben an und für sich unzulässig ist. Faßt man die Gesellschafter als Streitgenossen auf, so sind diejenigen, deren eigene Handlungen in Frage stehen, in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen Vertreter der übrigen; die Zuschiebung an die Vertretenen ist aber nach § 410 zulässig. Jedoch ist es allein richtig, die Gesellschafter in Bezug auf die ganze Proceßführung als Vertreter der Gesellschaft zu behandeln und § 436 anzuwenden, da die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben, klagen und beklagt werden kann, also Proceßsubject ist.[28]) Auch dann wird das Nebeneinander von Wahrheits- und Ueberzeugungseid nur vermieden, sofern nicht § 424 Abs. 2 zutrifft. Immerhin bleibt es möglich, daß gerade durch den Formalismus der Eideszuschiebung eine falsche Gesetzesanwendung herbeigeführt wird.

Endlich besteht die Gefahr, daß Parteieneid gegen Parteieneid gestellt wird. Es ist vorgekommen, daß auf Grund des § 428 Abs. 2 der Gegenbeweis gegen den zugeschobenen Eid innerhalb des nämlichen Processes durch einen dem Gegner des Meineidsverdächtigen auferlegten richterlichen Eid geführt wurde. Das Reichsgericht mußte dieses Verfahren für zulässig erklären, da § 544 Abs. 2 nur die Eideszuschiebung, nicht den richterlichen Eid ausschließt und, was für den Restitutionsbeweis gilt, auch für den Gegenbeweis gelten muß.[29])

---

[26]) So hat z. B. O.L.G. Naumburg 16. Oct. 1882, Seufferts Arch., Bd. 39, S. 179 entschieden; so ist wohl auch das Urtheil des O.L.G. Celle v. 6. April 1880, eod. Bd. 35, S. 333 zu verstehen.

[27]) R.G. I. Civ.-Sen., 5. Nov. 1887, Bolze, Praxis des Reichsgerichts, Bd. 5 Nr. 1208.

[28]) O.L.G. Kiel, 29. Nov. 1883, Seufferts Arch., Bd. 40, S. 328, 329; R.G., III. Civ.-Sen., 9. Juni 1885, Entsch. Bd. 14, S. 20; I. Civ.-Sen., 5. Nov. 1887, Bolze a. a. O.

[29]) R.G. I. Civ.-Sen., 21. Nov. 1883, Entsch. Bd. 14, S. 322 ff.

Digitized by Google

Ebenso inconsequent wie die C.P.O. in der Ausbildung der Beweismitteleigenschaft des zugeschobenen Eides war auch das St.G.B., wie schon am Ende des ersten Abschnittes S. 75 gezeigt wurde. Wollte man aber auf dem Gebiete des Strafrechts die Consequenzen vollständig ziehen, so würde man das Wesen der Eideszuschiebung verändern. Die Möglichkeit des zugeschobenen Parteieneides würde nicht mehr bloß vom Willen des Zuschiebenden oder Zurückschiebenden abhängen, sondern zugleich von der sachlichen Prüfung des Gerichts über die Eidesfähigkeit. Das Gebiet der Eideszuschiebung würde ferner nicht nur insoweit eingeengt, als Zuschiebung und Zurückschiebung an die durch Verurtheilung eidesunfähig gewordenen Personen unzulässig wären, es würde auch noch die weitere Einschränkung eintreten, daß unter Umständen die Eideszuschiebung ganz ausgeschlossen wäre, sei es, weil die beiden Parteien die Eidesfähigkeit verloren haben, sei es, daß der Eid nicht zurückgeschoben werden kann, weil die Zuschiebung an einen wegen Meineids Verurtheilten folglich ungültig erfolgt ist; eine ungültige Eideszuschiebung ermöglicht keine Zurückschiebung.

Der zugeschobene Eid ist in Wahrheit kein Beweismittel; er ist nicht abhängig von der Beweislast des Schwörenden, sondern von der Beweislast des Zuschiebenden; er verträgt überhaupt nicht irgend welche Rücksicht auf die Beweislast, da diese Rücksicht entweder seinen Beweiswerth oder seine Anwendbarkeit überhaupt gefährdet. Es kommt nicht darauf an, ob der Richter durch die eidliche Erklärung überzeugt ist und ebensowenig darauf, ob die zuschiebende Partei irgend welches Vertrauen in die eidliche Erklärung des Gegners setzt. Es kommt nicht darauf an, daß derjenige schwört, welcher das bessere Wissen hat; unerheblich ist die Quelle des Wissens ebenso wie dessen Zuverlässigkeit, weil der Ueberzeugungseid dieselbe Wirkung hat wie der Wahrheitseid. Die Verurtheilung wegen Meineides benimmt nicht die Fähigkeit zur Leistung eines Parteieneides, wie sie die Fähigkeit zur Leistung von Zeugen- und Sachverständigeneiden aufhebt. Da alle diese Eigenthümlichkeiten mit dem Mechanismus und Formalismus der Eideszuschiebung auf das Engste zusammenhängen, so muß nicht nur behauptet werden, daß die bestehende Ordnung der Eideszuschiebung mit dem Beweiszweck und der Beweismitteleigenschaft unverträglich ist, sondern daß eine hiermit verträgliche Ordnung des zugeschobenen Eides überhaupt unmöglich ist.[30])

Selbst wenn man den Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht betonen will und die Zulässigkeit der Bindung des Richters durch Be-

[30]) Vgl. Demelius, Schiedseid und Beweiseid S. 101 Anm. 1.

Digitized by Google

weisregeln als Ausnahme einräumt, wie ja für den Urkundenbeweis solche Regeln auch in die C.P.O. aufgenommen sind, so müssen die Beweisregeln doch auf einer vernunftgemäßen Grundlage beruhen, sonst nehmen sie dem von den Regeln beherrschten Feststellungsmittel die Beweismitteleigenschaft. Vernünftig aber kann man solche Regeln nicht nennen, wie sie im Wesen der Eideszuschiebung begründet sind, daß der Ueberzeugungseid mit dem Wahrheitseid gleichwerthig ist und doch, wenn letzterer auferlegt wurde, nicht dessen Stelle vertreten darf, und daß der geleistete Eid keine Kraft hat, wenn er nicht von der mit der Beweislast beschwerten Partei zugeschoben war.

Die Eideszuschiebung ferner ist gegenwärtig kein Dispositionsmittel mehr.[31]) Ein solches konnte sie nur so lange sein, als Ansprüche und Rechtsverhältnisse durch Parteieneid festzustellen waren und es auf die objective Wahrheit der eidlichen Erklärung nicht ankam. Heute ist Gegenbeweis, Restitutionsklage und Strafe wegen falschen Eides zulässig. Deshalb kann die Zuschiebung nicht als eine Erklärung des Inhalts aufgefaßt werden, der Zuschiebende wolle kraft seiner Dispositionsgewalt die streitige Thatsache als wahr gelten lassen, wenn der Gegner sie beschwöre. Die Eideszuschiebung ist nicht ein bedingtes Geständniß. Die Disposition enthält einen Willensact; der Zuschiebende, welcher so über die Feststellung disponiren wollte, würde eventuell die Leistung eines Meineides herbeiführen wollen, er würde sich also der Anstiftung zum Meineide mit dolus eventualis schuldig machen. Diese Möglichkeit will in der Proceßordnung nicht gewährt werden.

Die Eideszuschiebung ist auch kein Mittel zur Disposition über die Beweislast. Diese wird von dem Zuschiebenden weder erworben (§ 412) noch endgiltig abgewälzt, soweit die Zurückschiebung offen bleibt; und wenn der Eid angenommen wird, so geht diese Last, rechtlich betrachtet, erst kraft der Annahmeerklärung über; die Zuschiebung für sich allein ist nur eine Offerte; sie gewährt dem Gegner die Möglichkeit, entweder die Beweislast auf sich zu nehmen und zu schwören, oder die Uebernahme abzulehnen durch Zurückschiebung oder zu disponiren durch Eidesverweigerung.

Die Eideszuschiebung enthält endlich keine Disposition über das Proceßverhältniß. Dieses erfährt durch Zuschiebung keine Abänderung,[32]) weil die Möglichkeit der Thatsachenfeststellung mittels Parteieneides oder mittels Eidesverweigerung schon durch die Begründung des Proceßrechtsverhältnisses ebenso geschaffen ist wie die Möglichkeit der Thatsachen-

[31]) A. M. Wach, Vorträge S. 163.

[32]) So Trutter, Ueber processualische Rechtsgeschäfte S. 318 ff.

Digitized by Google

feststellung durch gerichtliches Geständniß. Wenn aus dieser Möglichkeit durch die Zuschiebung ein Recht wird, so ist damit das Proceßrechtsverhältniß nicht geändert, weil die Parteien die nämlichen geblieben sind, der Anspruch (Proceßgegenstand) der nämliche geblieben ist und der Zweck des Processes sowie das Verhältniß des Richters zu den Parteien ebenfalls keine Veränderung erfuhr. Steht doch bis zur Rechtskraft des Urtheils die Rückkehr zu andern Feststellungsmitteln offen; ja selbst nach eingetretener Rechtskraft vernichtet der Tod der schwurpflichtigen Partei oder ihres gesetzlichen Vertreters die Wirkungen des angeblichen Rechtsgeschäftes. Jedenfalls ist mit dem Satze Trutters: die Eideszuschiebung ist ein das Proceßrechtsverhältniß abänderndes Rechtsgeschäft, nach keiner Richtung etwas gewonnen.

Die eidliche Erklärung selbst ist ebensowenig wie die Zuschiebung oder Zurückschiebung dazu bestimmt, eine Disposition über Thatsachen oder über den Ausgang des Processes zu ermöglichen. Das würde mit der Wahrheitspflicht des Schwörenden unvereinbar sein.

Trotzdem wirken vereinzelt noch die veralteten Anschauungen über die Eideszuschiebung als eine Art des „Transacts“ nach. Darauf beruht § 415 und die oben S. 79, 86 erwähnte Bedeutung des Einverständnisses beider Parteien (§ 426). Darauf beruht auch die behauptete Anwendbarkeit des § 435 Abs. 1 auf den Gemeinschuldner. Man erklärt sich in Theorie und Praxis die Nothwendigkeit, daß für den Proceßunfähigen dessen gesetzlicher Vertreter eintreten muß und daß dies regelmäßig auch dann geschieht, wenn der Proceßunfähige eine eidesmündige physische Person ist, offenbar nur mit der aus der Handlungsunfähigkeit fließenden Dispositionsunfähigkeit dieser Personen, während es sich doch bei der Eidesleistung gar nicht um eine Disposition handelt. Die Ausnahme in § 435 Abs. 2 aber beweist, daß der Rechtssatz des Abs. 1 einen viel tieferen Grund hat. Der Dispositionsunfähige ist vielfach gar nicht eidesfähig und so weit er es ist, führt er seine Geschäfte nicht selbst, kann deshalb regelmäßig auch keine eigene Wissenschaft von den vorgekommenen Verhandlungen haben und insoferne etwa Rechtshandlungen eines Rechtsvorgängers in Betracht kommen, wird dem gesetzlichen Vertreter größere Sorgfalt für die Anstellung der erforderlichen Nachforschungen zugetraut. Diese Auffassung allein entspricht der Beweismitteleigenschaft des Parteieneides, welche, nach dem sie vom Gesetz einmal an die Spitze gestellt ist, so lange als möglich festgehalten werden muß.

In der Rechtsprechung aber verkennt man dieses wahre Verhältniß vollständig. Man ist sogar so weit gegangen, einen Gemeinschuldner,

Digitized by Google

welchem zur Zeit der Concurseröffnung die Eidesleistung rechtskräftig auferlegt war, die Leistung nicht zu gestatten, indem man gemäß § 433 eine neue Eidesauflage an den Concursverwalter vornahm.[33]) Da der Gemeinschuldner keineswegs proceßunfähig, sondern nur der Verfügung über sein zur Masse gehöriges Vermögen beraubt ist und da die Eidesleistung selbst keine Verfügung über das Vermögen enthält, vielmehr ein Zeugniß zur thatsächlichen Feststellung sein soll, so ist die Anwendung des § 435 Abs. 1 auf den Gemeinschuldner unzulässig.

Die Eideszuschiebung ist kein Mittel zur Disposition über den Anspruch, kein Mittel zur Disposition über Thatsachen oder über die Beweislast, sie ist endlich kein Mittel, eine Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache in irgend einer Person hervorzurufen. „Und sie bewegt sich doch", werden ihre Vertheidiger ausrufen; denn sie ist ein Mittel, eine Feststellung streitiger Thatsachen herbeizuführen, indem sie entweder die Eidesleistung oder die Eidesverweigerung oder den Erlaß des Eides anbahnt. Sie ist eine auf Beförderung und Erleichterung der Thatsachenfeststellung durch Eid gerichtete einseitige Willenserklärung. Dabei ist aber noch die Frage aufzuwerfen, ob eine Einrichtung, welche die Anrufung Gottes als Zeugen der Wahrheit und Rächer der Unwahrheit zum Gegenstande eines solchen Formalismus und solcher Parteiwillkür macht, der christlichen Auffassung von der Heiligkeit und Wichtigkeit des Eides entspricht. Das kanonische Recht hat diese Frage mit gutem Grunde verneint, denn auf solchem Wege muß die Achtung vor dem Eide untergraben werden, mag man die Wahrheitspflicht der schwörenden Partei auch noch so sehr betonen.

III.

Die Klagen über die Mangelhaftigkeit dieses Feststellungsmittels sind alt und allgemein bekannt. Von den bisher vorgeschlagenen Mitteln zur Abhilfe scheidet von vornherein die Wiederherstellung des römischen Schiedseides ohne Zulässigkeit des Gegenbeweises und mit Ausschluß der Meineidsstrafe aus.[34]) Dieser Schiedseid entspricht zwar der Form der Eideszuschiebung, welche wohl geeignet ist, durch Partei-

[33]) O.L.G. Darmstadt 15. Febr. 1886, Seufferts Arch. Bd. 41 S. 370, 371. Daß es sich hier um einen richterlichen Eid handelte, ist nur insoferne erheblich, als dies die Unklarheit der Vorstellung über die Bedeutung des Parteieneides besonders deutlich zeigt. Vgl. noch Petersen und Kleinfeller, Concursordnung Bem. I, 6 zu §§ 8 ff.

[34]) Leonhard, R., Die Eideszuschiebung in Familienprocessen S. 172, 173; Pfizer in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 35 S. 321, 322.

Digitized by Google

dispoſition das richterliche Urtheil überflüſſig zu machen, welche dagegen niemals eine ſachgemäße Urtheilsgrundlage beſchaffen kann. Jene römiſche Einrichtung entſpricht aber nicht der herrſchenden Auffaſſung von der Bedeutung des Eides. Man darf ſich keinen Illuſionen darüber hingeben, daß mit dem Wegfall der Gefahr einer Meineidsſtrafe die Gewiſſenhaftigkeit der Parteien ausreichen werde, um den Eid gegen das Herabſinken zu einem von der Wahrheit unabhängigen Feſtſtellungsmittel zu ſchützen. Es könnte auch nur verwirrend wirken, wenn neben den verſchiedenen mit der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Ausſage verbundenen Eiden (richterlicher Eid, Editions-, Offenbarungs-, Zeugen- und Sachverſtändigeneid) ein Eid treten würde, bei welchem es auf die Wahrheit der beſchworenen Behauptung gar nicht ankäme. Man würde es nicht mehr verſtehen, warum die Partei in dem einen Fall den Gegner durch ihren Eid um ſein gutes Recht bringen darf, im andern Falle aber ſich an die Wahrheit ſoll halten müſſen.

Ebenſowenig würde die Beſchränkung der Eideszuſchiebung auf eigene Handlungen und Wahrnehmungen des Schwörenden befriedigen.[35]) Allerdings rühren die meiſten Uebelſtände von dem Eide über fremde Handlungen und Wahrnehmungen her. Aber die Schwierigkeiten der Feſtſtellung des Eidesſatzes und die Proceßverſchleppung durch Rechtsmittel hängen damit nicht zuſammen; ferner wäre auf dieſem Wege der Ueberzeugungseid keineswegs ganz beſeitigt; endlich würde ſo eine bedenkliche Lücke im Beweisſyſtem entſtehen und die Lücke würde noch größer werden, wollte man den zugeſchobenen Eid nur als Wahrheitseid über eigene Handlungen und Wahrnehmungen des Schwörenden zulaſſen.[36])

Einen dritten Weg hatte die bayeriſche Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten v. J. 1869 beſchritten, welche in Art. 455 und 456 anordnete, daß die Partei nur „nach genauer und vollſtändiger Angabe des Sachverhältniſſes", bei fremden Handlungen aber „nach genauer und vollſtändiger Angabe des etwa Erforſchten" ſchwören dürfe; nach Art. 473, 474 mußte der Richter einen Eidesſatz bilden, in welchem das Weſentliche der Ausſage kurz zuſammenzufaſſen war, im Anwaltsproceß lag der Eidesſatz ſchon vor der Vernehmung vor. Der Grundfehler an dieſer Einrichtung beſtand in ihrer Halbheit. Die Vernehmung der Partei ging der Eidesauflage nicht voran, ſondern folgte ihr nach, ſie trat alſo erſt in dem

[35]) Oſterloh in der Zeitſchr. für Rechtspflege u. Verwaltung zunächſt f. d. Kgr. Sachſen Bd. 34 S. 322 ff.

[36]) Der Beſchluß des Achten Deutſchen Juriſtentages (Verhandlungen Bd. 2 S. 317) lautete: „Unter der Vorausſetzung freier richterlicher Beweiswürdigung hat die künftige deutſche C.P.O. den Ignoranz- und Glaubenseid nicht aufzunehmen."

Digitized by Google

Augenblick ein, in welchem die schwurpflichtige Partei unwiderruflich bestimmt war. Meineide und fahrlässige Falscheide konnten wohl verhütet werden; aber wenn die Partei auf Grund ihrer Vernehmung zur Einsicht kam, daß sie nicht schwören könne, dann war ihre Sache verloren, obwohl vielleicht der Gegner, auf welchem die Beweislast ruhte, seine Behauptungen auch nicht hätte beschwören können. Dieser Mangel ergab sich mit Nothwendigkeit aus der Beibehaltung des Formalismus der Eideszuschiebung, bei welcher die Frage der Beweislast und die Frage, welche Partei das bessere Wissen habe, vollständig zurücktritt.

Auch die ausschließliche Benützung des richterlichen Eides[37]) würde den Mängeln des heutigen Eidesrechtes nicht abhelfen, weil immer die Nothwendigkeit der Beschwörung eines im Voraus bestimmten Eidessatzes, die Gleichstellung des Ueberzeugungseides mit dem Wahrheitseide, sowie die Proceßverschleppung durch den Rechtsmittelweg übrig bleiben würde.

Wenn hiernach eine Reform des Parteieneides auf der Grundlage des geltenden deutschen Rechtes unthunlich erscheint, so muß zunächst noch die Frage erledigt werden, ob das Beweissystem des Civilproceſſes nicht ebenso wie der Strafproceß den Parteieneid ganz entbehren könne, zumal der Civilproceß des Canton Zürich thatsächlich ohne dieses Feststellungsmittel auskommt. Der Grund, warum im Strafproceß überhaupt kein Parteieneid vorkommt, liegt nicht darin, daß der Gegenstand des Strafproceſſes, der staatliche Anspruch auf Strafe der Disposition der Parteien entzogen ist, denn der Parteieneid ist selbst in der Form des zugeschobenen Eides kein Dispositionsmittel. Die Erklärung muß vielmehr folgende Umstände berücksichtigen: Vor allem spielt im Strafproceß das Beweismittel des Augenscheins eine viel bedeutendere Rolle als im Civilproceß, während hier vielfach Handlungen, nämlich mündliche Erklärungen, zu beweisen sind, welche überhaupt nie an einem Augenscheinsobject zur bleibenden Erscheinung kommen, vielfach nicht einmal in Gegenwart von Zeugen vorgenommen werden. Ferner werden im Strafproceſſe die Beweismittel von Amtswegen beigeschafft, wodurch von vornherein die Möglichkeit von Lücken im Beweise beschränkt wird. Sodann bewirken die Rechtsgüter, welche für den Angeklagten im Strafproceß auf dem Spiele stehen, eine weit größere Meineidsgefahr und ein geringeres Vertrauen zu seiner Absicht, die Wahrheit zu sagen; andererseits könnte auch der amtliche Kläger niemals zum Eide zugelassen werden, weil ihm jedes eigene Wissen von dem Sachverhalt fehlt. Endlich duldet der

[37]) Vorgeschlagen von Endemann im Arch. f. civil. Praxis Bd. 43 (1860) S. 370ff., Demelius, Schieds- und Beweiseid (1887) S. 6., Trutter, Ueber proceſſualiſche Rechtsgeſchäfte (1890) S. 322.

Digitized by Google

Strafproceß seinem Gegenstande nach in höherem Maße eine Abweisung der Klage mangels Beweises als der Civilproceß. Das Gemeinwesen als Subject des öffentlichen Rechtes ist unendlich viel stärker als das einzelne Individuum in seiner Privatrechtssphäre. Jenes verträgt daher viel leichter eine Einbuße an seinem Rechte, welche durch Freisprechung eines Angeklagten mangels Beweises entsteht, als das Individuum diejenige Einbuße verträgt, welche ihm durch Abweisung einer Klage oder Einrede im Civilprocesse erwächst. Es erscheint daher im Strafprocesse gegenüber der Meineidsgefahr als das geringere Uebel, auf den Parteieneid ganz zu verzichten. Dazu kommt aber noch der Umstand, daß im Strafproceß regelmäßig nur die eine Partei, der Angeklagte, als Auskunftsperson vernommen werden kann, weil der dem Angeklagten Gegenüberstehende, abgesehen vom Privatklageverfahren, nur Parteivertreter ist, während im Civilproceß bei dem Mangel sonstiger Beweise die beiden Parteien als Auskunftspersonen sich gegenüberstehen. Dort ist also nur die eine Parteiaussage für sich allein abzuwägen und mit den etwa sonst vorhandenen Anzeigen (Indicien) zu vergleichen; hier dagegen liegen bei mangelndem oder ungenügendem Beweise die Aussagen zweier Auskunftspersonen vor, welche gleichmäßig am Ausgang des Processes betheiligt sind und daher an und für sich gleichen Anspruch auf Glaubwürdigkeit haben. Das Gleichgewicht der Aussagen würde dem Richter nur ein non liquet ermöglichen; ein solcher Ausspruch aber müßte das Vertrauen in die Rechtspflege zerstören. Um nun die eine Wagschale zum Sinken zu bringen, bleibt in Ermangelung besserer Beweismittel nichts als der Parteieneid übrig. Hier erscheint der Eid als das geringere Uebel gegenüber der Härte, welche in dem non liquet oder in der vollständigen, zur Klageabweisung bezw. Einredeabweisung führenden Nichtberücksichtigung der Parteiaussagen liegen würde. Wenn in einem Gemeinwesen wie der Canton Zürich, welchem das Feststellungsmittel des Parteieneides seit langer Zeit fehlt, keine Mißstände fühlbar sein sollten, so wäre dies daraus erklärlich, daß der Zustand ein althergebrachter und gewohnter ist. Es dürfte jedoch daraus nicht gefolgert werden, daß man dort, wo die Rechtsuchenden und die Richter seit Jahrhunderten an die Feststellung durch Parteieneid gewöhnt sind, dieses Mittel ebenfalls entbehren könnte. Es muß also die Lücke ausgefüllt werden.

IV.

Wenn zu diesem Zwecke die Vernehmung der Parteien als Zeugen empfohlen werden soll, so muß nachgewiesen werden, daß der innere Werth dieses Mittels den Werth des zugeschobenen (und des

Digitized by Google

richterlichen) Eides überragt. Damit, daß man in England und Nordamerika diese Einrichtung besitzt und mit ihr zufrieden ist, darf auf dem Deutschen Juristentage und gegenüber deutschen Juristen ebenso wenig argumentirt werden, als mit einem bloßen Hinweise auf hervorragende deutsche Schriftsteller, welche früher den bezeichneten Ausweg begutachtet haben.[38]) Mit mehr Recht könnte man sich auf die günstigen Erfahrungen berufen, welche nach den Motiven zum Entwurf einer österreichischen C.P.O. (1876 und 1881) in Oesterreich gemacht worden sind, wo ähnliche Verhältnisse wie in Deutschland bestehen, und ein Vergleich der Eideszuschiebung mit der Vernehmung der Parteien als Zeugen besonders dadurch an Werth gewinnt, daß dort beide Einrichtungen neben einander durchgeführt sind, die erstere auf Grund der allgemeinen Gerichtsordnung vom Jahre 1781, letztere auf Grund des Gesetzes vom 27. April 1873 über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen. Daß die günstigen Erfahrungen, welche mit dem letzteren Gesetze gemacht wurden, über die ersten Jahre hinaus fortdauerten, beweist der Entwurf eines österreichischen Gesetzes über das mündliche Summarverfahren, welcher sich dem zuletzt genannten Gesetze in diesem Punkte anschloß.[39])

Um den Werth dieses Feststellungsmittels näher prüfen zu können, muß man sich die Verwirklichung des Vorschlages in bestimmten Sätzen vorstellen, wobei weder die Aufstellung eines förmlichen Gesetzentwurfs, noch die sklavische Nachahmung fremden Rechtes nöthig erscheint.

Die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien hat, wie die Eideszuschiebung und der richterliche Eid, den Zweck, die Lücke auszufüllen, welche im Civilproceß durch den Mangel an sonstigen Beweisen entsteht. Sie kann diesen Zweck vollständig nur dann erfüllen, wenn sie auch ohne vorgängige Beweisführung zulässig ist. Wach

[38]) Vgl. v. Bar, Recht u. Beweis im Civilprocesse (1867) S. 149 ff. und in den Verhandlungen des 8. deutschen Juristentags Bd. 2 (1870) S. 12 ff.; Becker daselbst Bd. 2 S. 267 ff.; Glaser, Gesammelte kleinere jurist. Schriften Bd. 2 S. 169 ff.; Redem in Gruchot's Beiträgen z. Erläuterung d. preußischen Rechts Bd. 14 S. 550; Lippmann, F. W., Ueber den normirten Eid; v. Harrasowsky, Ph. H., Die Parteienverhandlung und der Parteieneid S. 358 ff.; v. Canstein, Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses S. 45 Anm. 8 und in den Juristischen Blättern Bd. 15 Nr. 6—8; v. Fierich in Grünhut's Zeitschr. Bd. 16 S. 144 ff.; Pfizer G., Anti-Seuffert S. 324 ff., in den Grenzboten 1886 Bd. 3 S. 353, 393 u. in Gruchot's Beiträgen Bd. 35 S. 320. Weitere Literatur s. bei v. Canstein und v. Fierich. Dagegen vgl. besonders Mittermaier, im Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 35 S. 139 ff., Bd. 39 S. 301, 304; Osterloh in d. Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung, zunächst f. d. Kgr. Sachsen Bd. 34 S. 325; Wach in der Kritischen Vierteljahrsschr. Bd 14 S. 365 ff.; ein anonymer Verf. in den Grenzboten 1886, Bd. 4 S. 7 ff.

[39]) Kornfeld, J., Ueber das mündliche Summarverfahren (1888) S. 3, 24.

Digitized by Google

hat a. a. O. S. 367 daran die Befürchtung geknüpft, die mit der Beweislast beschwerten Parteien möchten zunächst mit ihren Beweismitteln hinter dem Berge halten, um es in erster Linie mit dem Parteienzeugniß zu versuchen; falle dieses für sie ungünstig aus, so werde nun die Meineidsbeschuldigung mit nachgeschlepptem Zeugen- und Urkundenbeweis beginnen. Die gleiche Möglichkeit besteht aber auch gegenüber der Eideszuschiebung, die ja ebenfalls nicht von vorgängiger Beweisführung abhängig ist. Die C.P.O. ist dieser Gefahr durch § 544 begegnet, der nicht nur die Wiederaufnahme, sondern nach § 428 Abs. 2 auch den Gegenbeweis erschwert. Die Beibehaltung dieser Erschwerung des Gegenbeweises gegenüber der zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien kann um so weniger einem Bedenken unterliegen, als auch heute schon die Wiederaufnahme wegen falschen Zeugnisses von der nämlichen Bedingung abhängt und der Meineidsverdacht gegen einen Zeugen die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens ermöglicht, wenn auch nicht nothwendig macht (§ 140 C.P.O.). Die Partei, welche ihre Beweismittel spart, um eventuell den Gegner des Meineids beschuldigen zu können, läuft also Gefahr, die eigene Rechtsverfolgung zu hemmen und bei ungünstigem Ausgang des Strafprocesses die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung nach §§ 164, 165, 186, 187 St.G.B. Sie begiebt sich also in dieselbe Lage, wie eine Partei, welche mit Hintansetzung aller Beweismittel von der Eideszuschiebung Gebrauch macht.

Uebrigens ist die Wahrscheinlichkeit, daß die mit der Beweislast beschwerte Partei die vorhandenen Beweismittel zurückstellen werde, um sofort die zeugeneidliche Vernehmung zu beantragen, weit geringer, als die gegenwärtig bestehende Gefahr der Eideszuschiebung ohne Benutzung der Möglichkeit vorgängiger Beweisführung. Heutzutage wird die Furcht, daß der Gegner den zugeschobenen Eid schwört, psychologisch ausgeglichen durch die Hoffnung, daß er ihn zurückschieben oder verweigern werde. Diese doppelte Hoffnung kann viel stärker zur Eideszuschiebung verführen, als die Furcht vor dem Eide des Gegners davon abzuhalten vermag. Dem Antrag auf zeugeneidliche Vernehmung des Gegners aber muß im Gesetze die Wirkung beigelegt werden, daß immer beide Parteien, zunächst unbeeidigt, zu vernehmen sind, und daß der Richter auf Grund dieser Vernehmung die Glaubwürdigkeit prüft, um dann erst diejenige Partei zu beeidigen, welche ihm als die glaubwürdigste und im Besitze des besseren Wissens befindliche erscheint. Ein solcher Antrag würde also immer für den Antragsteller selbst die Unbequemlichkeit eines eingehenden, öffentlichen Verhörs mit sich bringen. Und wehe, wenn er

Digitized by Google

sich hierbei in Widersprüche verwickelt! Er büßt dann nicht nur die Glaubwürdigkeit für diesen Proceß ein, sondern er schadet auch seinem Ansehen im geschäftlichen Verkehr. Die Hoffnung, selbst schwören zu dürfen, wird also erheblich beeinträchtigt durch die Unbequemlichkeit des Verhörs; dasselbe gilt aber von der Hoffnung, daß der Gegner durch Verweigerung seiner Aussage die Ueberzeugung des Richters zu Gunsten des Beweisführers beeinflussen werde; denn diese Weigerung soll nicht die einfache Folge des Zugeständnisses der gegnerischen Behauptungen haben, sondern nach freiem Ermessen beurtheilt werden, und beseitigt also nicht die Befugniß des Richters, den Beweisführer zu vernehmen. Jede Partei wird also ein Interesse daran haben, zuerst alle zugänglichen Beweismittel aufzubieten, ehe sie es zur Parteienvernehmung kommen läßt. Die vorgängige Beweisaufnahme ist hier auch deshalb von Werth, weil sie den Parteien dazu dient, sich für alle Fälle besser zu unterrichten. Der Gebrauch des vorgeschlagenen Mittels entbehrt also keineswegs, wie Wach a. a. O. meint, einer in der Sache selbst liegenden Schranke. Im Gegentheil ist die Schranke gegen Mißbrauch hier viel stärker als bei der Eideszuschiebung, denn die letztere verführt durch ihre Bequemlichkeit und dadurch, daß die Möglichkeit des Gewinnes doppelt so groß ist, als die Gefahr des Verlustes. Die Parteienvernehmung dagegen hat für die Parteien selbst gar nichts Verführerisches an sich.

Allerdings sind die Parteien Zeugen in eigener Sache; aber das sind sie auch bei Leistung zugeschobener Eide. Und daraus, daß ein Zeugniß in eigener Sache verdächtig ist, folgt doch nicht, daß man den zugeschobenen Eid wählen muß, welcher die denkbar geringste Garantie für Zuverlässigkeit der Aussage bietet, die denkbar schlechteste Form des Zeugnisses in eigener Sache darstellt.

Die Vernehmung beider Parteien erschwert es vielmehr, die Unwahrheit zu sagen, als bei dem normirten Eide der Fall ist, denn sie verschafft dem Richter eine Kenntniß über die Quelle, aus welcher die Parteien ihr Wissen schöpfen, und es wird ihnen durch Vorlegung von Fragen erschwert, fahrlässig oder absichtlich an falschen Behauptungen festzuhalten. Die vorgeschlagene Neuerung erzeugt also nicht, wie von Mittermaier a. a. O. und in der norddeutschen Civilproceßcommission (Protocolle Bd. 2 S. 996) befürchtet wurde, die Gefahr, daß der Zeugeneid der Parteien vielfach falsch geschworen werde, sondern sie vermindert die jetzt bestehende Gefahr des falschen Parteieneides. Ebenso unbegründet ist die von Osterloh a. a. O. und in der Begründung des Entwurfs einer C.P.O. f. d. Deutsche Reich S. 275 ausgesprochene Befürchtung, daß durch den Einfluß, welchen die Persönlichkeit der Parteien auf die

Digitized by Google

richterliche Ueberzeugung gewinnen muß, das gute Recht gefährdet werden kann. Wenn diese Befürchtung begründet wäre, dann müßte man auch den heutigen richterlich auferlegten Eid verwerfen und dürfte nur noch den zugeschobenen Eid gelten lassen, denn bei jenem besteht gleichfalls der von Osterloh und in der Begründung des Entwurfs einer C.P.O. f. d. Deutsche Reich a. a. O. befürchtete Einfluß, der jedoch mehr ein Vorzug, als ein Nachtheil ist.

Weit größere Berechtigung hat, was die Motive zum österr. Gesetze v. 27. April 1873[40]) ausführen: „In dem Haupteide wird der Kernpunkt des ganzen Processes in einem Satze zugespitzt. Auf dieser Spitze schwebt der Gewinn und der Verlust des Processes. Wie unendlich schwierig ist es, diesen Satz in richtiger Weise zu formuliren! Ein Wort zu viel, ein Wort zu wenig, und die gewissenhafte Partei ist in die Unmöglichkeit versetzt, den Eid zu schwören; sie muß, selbst wenn sie mit ihrem Gewissen ins Reine gekommen ist, doch wegen der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung ihr gutes Recht aufgeben. Andere aber sind weniger scrupulös, und groß ist die Zahl der falschen Eide, der strafgerichtlichen Untersuchungen und Abstrafungen, welche einer unrichtigen Formulirung des Eidessatzes zuzuschreiben sind. Dadurch, daß die Ablegung des Eides die Bedingung für den Gewinn des Processes ist, wird jeder Schwurpflichtige in arge Versuchung geführt."

Der Richter muß befugt sein, die Vernehmung auch von Amtswegen anzuordnen. Dadurch wird nicht die Verhandlungsform beeinträchtigt, denn immerhin legen die Parteien den Proceßstoff vor. Der Richter führt durch eine solche Anordnung so wenig neue Beweismittel ein, als wenn er von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins an einem Gegenstande anordnet, welchen die Parteien in ihren Vorträgen erwähnt haben. Das Dispositionsprincip erfährt zwar eine Einbuße und das Officialprincip eine Verstärkung, indem die Parteien veranlaßt werden, ihre Aussagen auf eine eventuelle Beeidigung einzurichten und indem die Parteien durch die Befragung genöthigt werden, den Sachverhalt möglichst haarklein zu erzählen, wollen sie nicht durch ihr Schweigen den Verdacht der Unredlichkeit erwecken. Das ist aber kein Fehler und noch weniger ein durchschlagender Grund gegen die Neuerung, wie die norddeutsche Civilproceßcommission, die Begründung des Entwurfs einer C.P.O. f. d. Deutsche Reich und Osterloh a. a. O. gemeint haben.

---

[40]) Kaserer, J., Oesterreichische Gesetze mit Materialien Bd. 8 S. 71.

Digitized by Google

Das Dispositionsprincip beherrscht den Civilproceß doch nur deshalb, weil der Gegenstand desselben auch außerhalb des Processes unter der Parteidisposition steht. Daraus folgt aber nur, daß die Parteien im Processe berechtigt sein müssen, so weit über ihre Rechte zu verfügen als sie auch außerhalb des Processes Verfügungsgewalt haben. Das Proceßrecht hat ihnen also durch Anerkennung des Dispositionsprincips nicht neue Befugnisse einzuräumen, sondern lediglich die außerhalb des Processes vorhandenen zu belassen. Die Proceßordnung muß deshalb den Anspruchsverzicht, sowie das Anspruchsanerkenntniß, den durch Geständniß erklärten Verzicht auf das Bestreitungsrecht und den Abschluß von Vergleichen zulassen; ferner darf das Gesetz die Möglichkeit nicht verschließen, den Anspruch mittelbar durch Verzicht auf Rechtsmittel oder durch Unterlassung von Anträgen bezw. durch Versäumniß preiszugeben. Den Parteien muß es also, da sie berechtigt sind, den Proceß ganz zu unterlassen, unbenommen sein, dem Richter auch während des Processes kraft ihrer Dispositionsbefugnisse die Urtheilsaufgabe abzunehmen oder zu beschränken. Das Dispositionsrecht hätte aber niemals dahin ausgedehnt werden sollen, daß die Parteien, soweit sie ein Urtheil verlangen, eine ganz beliebige Urtheilsgrundlage unterschieben dürfen, indem sie Thatsachen und Beweismittel vorenthalten.

Folgerichtig müßte dem Richter allerdings die Befugniß eingeräumt werden, jeden Zeugen von Amtswegen laden zu lassen, dessen die Parteien Erwähnung thun, ohne seine Vernehmung zu beantragen, ja sogar jedes beliebige durch den Proceß, z. B. durch Zeugenaussagen dem Richter bekannt gewordene Beweismittel von Amtswegen zu erheben.[41]) Gegen eine solche Forderung sollte man sich nicht auf das Dispositionsprincip berufen. Nur die Kostenfrage erregt Bedenken. Wenn sich nämlich herausstellt, daß die unabhängig vom Parteiwillen aufgenommenen Beweise keine neue oder überhaupt gar keine Aufklärung liefern, so erscheinen die Parteien mit überflüssigerweise verursachten Kosten beschwert.[42])

Gerade diese Gefahr besteht aber bei Anordnung der Parteienvernehmung nicht. Der Richter wird von der Anordnung Umgang nehmen, wenn er aus den Mittheilungen der Proceßbevollmächtigten entnimmt, daß die Parteien selbst gar nichts wissen können, ein Fall, der selten vorkommen wird; jedenfalls ist die Gefahr, daß durch eine solche

---

[41]) Vgl. Klein, F., Pro futuro S. 30, 34, 35.

[42]) Vgl. Koch, C. F., Der preußische Civilproceß, 2. Aufl. 1855 Bd. 1 § 136.

Digitized by Google

Anordnung überflüssige Kosten entstehen, in keiner Beziehung größer als die Gefahr der Kostenvermehrung durch den gegenwärtig zulässigen Rechtsmittelzug.

Endlich enthält auch die Eideszuschiebung eine Nöthigung zum Zeugniß, nur eine viel stärkere als die Aufforderung zur zeugeneidlichen Vernehmung, weil dort die materiellen Folgen der Leistung wie der Nichtleistung der Partei, wenigstens in der Regel, bei Erlaß eines bedingten Endurtheils unmittelbar vor Augen gestellt werden. Das Inquisitorische wird übrigens wesentlich gemildert durch die Befugniß beider Parteien, die Zeugenaussage zu verweigern. Wenn nur eine Partei sich weigert, so schafft sie eine starke Vermuthung gegen die Glaubwürdigkeit ihrer bisherigen Behauptungen, während die Glaubwürdigkeit ihres Gegners steigt. Falls beide Parteien die Aussage verweigern, so darf sich keine beschweren, wenn der Richter mangels Beweises die Folgerungen aus der Beweislast zieht. Hiernach sind weder Zwangsmaßregeln noch poena confessi erforderlich, sondern der Richter hat sowohl bei gänzlicher Verweigerung der Aussage durch eine Partei, als bei Verweigerung des Eides und bei Nichtbeantwortung einzelner Fragen unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden.

Die eidliche Vernehmung von Personen, welche am Ausgang der Sache betheiligt sind, ist auch nach dem jetzt geltenden Rechte zulässig (§§ 349, 350, 358 Abs. 2). Da die Beeidigung beider Parteien aber widersprechende eidliche Aussagen hervorrufen könnte, ist die Beeidigung beider Parteien und der promissorische Eid zu vermeiden. Jene drückt nothwendig den Werth des Eides herab und verwirrt das Urtheil des Richters. Bei Widerspruch zweier Zeugenaussagen wird entweder anderes Beweismaterial entscheiden, oder schlimmsten Falls sind beide Aussagen werthlos und ist die Zuflucht zum Parteieneid zu nehmen. Wenn aber die eidlichen Parteiaussagen sich widersprechen, welche doch das letzte Aufklärungsmittel bilden sollen, so wird sowohl der Verdacht des Meineides als die Rathlosigkeit des Richters größer sein wie im ersteren Fall. Der Richter muß sich zuerst auf Grund der persönlichen Vernehmung ein Urtheil über die Glaubwürdigkeit bilden und danach entscheiden, welche von beiden Parteien er beeidigen will. Die Aufgabe, welche dem Richter hierbei zufällt, ist die nämliche wie heute beim richterlichen Eide; die vorausgehende Vernehmung wird die Entscheidung über Glaubwürdigkeit erleichtern, aber nicht erschweren. Die Eidesformel würde die nämliche wie beim Zeugeneide sein.

Erscheinen beide Parteien gleich wenig vertrauenswürdig, so würde

Digitized by Google

der Richter durch die Beeidigung beider die Sache nur verschlimmern; viel richtiger ist es in solchem Falle, ohne Eid zu entscheiden und zwar gegen diejenige Partei, welche die Beweislast traf und deren Behauptung streitig blieb. Sollte der Richter aber beide Parteien für vertrauenswürdig halten, was beim Widerspruch der Aussagen kaum denkbar ist, so mag er die mit der Beweislast beschwerte Partei zum Eide zulassen; die Eideslast entspricht der Beweislast. Selbstverständlich kann sich der Richter in jedem Falle nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung auch mit der unbeeidigten Aussage begnügen.

Die Vernehmung der Parteien als Zeugen entspricht dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung. Wach a. a. O. S. 366 meint nun, aus der Zulassung dieser Art von Beweisaufnahme folge, daß man der dem Vernommenen günstigen Aussage die gleiche Beweiskraft beilegen müsse wie dem gerichtlichen Geständniß; das Gegentheil wäre ein schreiender Mißbrauch, ein Bruch mit aller Tradition, die Consequenz selbst aber sei unvereinbar mit freier Beweiswürdigung. Das letztere ist richtig. Jene Consequenz braucht aber nicht gezogen zu werden, weil es sich beim gerichtlichen Geständniß um die Wirkung einer Parteiwillenserklärung, nicht um Beweiskraft handelt.

Dem Antrage auf zeugeneidliche Parteienvernehmung braucht nicht stattgegeben und die bereits erfolgte richterliche Anordnung derselben braucht nicht ausgeführt zu werden, sobald eine Partei andere Beweismittel benennt. Erst nach deren Erhebung hat der Richter zu entscheiden, ob die Parteienvernehmung noch erforderlich ist. Die Anordnung müßte immer durch Beweisbeschluß erfolgen, um die Aufnahme anderen Beweises bis zur Beeidigung offen zu halten und alle Weiterungen abzuschneiden, welche mit dem bedingten Endurtheil verbunden sind.

Eine Verminderung der Eide läßt sich freilich auf diesem Wege nicht erwarten, wie Glaser a. a. O. S. 170 freimüthig eingesteht. Auch wenn man die Beeidigung beider Parteien ausschließt, ist doch vorauszusehen, daß in allen Fällen, in welchen jetzt die Eideszuschiebung oder die Auferlegung des richterlichen Eides eintritt, zukünftig die Vernehmung der Parteien als Zeugen eintreten wird. Die Parteien werden vielleicht solche Anträge etwas seltener einbringen als sie jetzt von der bequemeren Eideszuschiebung Gebrauch machen; der Richter aber wird, ein Mal an das neue Wahrheitserforschungsmittel gewöhnt, dasselbe noch öfter benützen als den richterlichen Eid, weil jenes besser zum Ziele führt. Vielmehr ist also eine Zunahme von Eiden zu befürchten, insbesondere, wenn

Digitized by Google

man die Zahl der Eide nicht nach der Zahl der schwörenden Personen, sondern nach der Zahl der beschworenen Behauptungen berechnet. Während wir es im heutigen Eidessatze nur mit wenigen, möglichst kurz gefaßten Behauptungen, vielfach nur mit einer einzigen Behauptung zu thun haben, verfolgt die zeugeneidliche Vernehmung gerade den Zweck, eine ausführliche Darstellung des Sachverhalts zu erzielen; sie muß also nothwendig zur Folge haben, daß eine größere Anzahl von Behauptungen als jetzt unter Eid gestellt wird. Dies wird jedoch reichlich durch den Vortheil aufgewogen, daß die Nothwendigkeit einer ausführlichen, zusammenhängenden Erzählung die Lüge, den Meineid und den fahrlässigen Falscheid erschwert, welche sich hinter der kurzen Fassung des Eidessatzes so leicht einschleichen können. Im Processe ist die Sprache nicht dazu da, um die Gedanken zu verheimlichen und zu verbergen, wenigstens sollte das Proceßgesetz einen derartigen Gebrauch der Sprache nicht begünstigen. Diese äußere Vermehrung der Parteieneide wäre also, an sich betrachtet, kein Uebel, weil der Parteieneid selbst in Zukunft nicht mehr, wie jetzt, ein nothwendiges Uebel, sondern eine zweckmäßige Einrichtung und geeignet sein würde, trotz Vermehrung der Eide die Meineidsgefahr zu verringern.

Uebrigens ist nicht zu übersehen, daß die Neuerung auch den Erfolg haben würde, überflüssige Eide abzuschneiden, wie sie gegenwärtig vorkommen, wenn mehrere Streitgenossen nebeneinander schwören, von welchen ein Theil über eigene, der andere über fremde Handlungen den Eid leisten muß, oder wenn mehrere Vertreter nebeneinander zwar alle über eigene Handlungen schwören, aber zum Theil gemäß § 424 Abs. 2 zum Ueberzeugungseid zugelassen werden. Der Richter der Zukunft könnte sich mit dem Eide derjenigen Streitgenossen oder Vertreter begnügen, welche am sichersten unterrichtet sind. Der neben dem Wahrheitseide ganz überflüssige Ueberzeugungseid fiele also weg.

Zu vermeiden wäre endlich noch die Gefahr, daß der Richter auch gerichtliche Geständnisse, sowie die überflüssigen unerheblichen Bemerkungen, welche in die zusammenhängende Erzählung häufig mit einfließen werden, unter den Eid stellt. Er muß daher am Schlusse der Vernehmung nach Entscheidung über die Glaubwürdigkeit die erheblichen von den unerheblichen, die streitigen von den unstreitigen Behauptungen der zum Eide berufenen Partei sondern und jene schriftlich feststellen, so daß der schließlich zu leistende Eid sich nur auf den beweisbedürftigen Inhalt der Aussage beziehen kann. Eine genaue schriftliche Feststellung ist ohnehin nöthig, um den Beweis falscher Eide, sowie die Vertheidigung gegen die wegen Verletzung der Eidespflicht erhobene Anklage zu sichern.

Digitized by Google

Die letztere Rücksicht rechtfertigt sogar eine doppelte Beurkundung: zuerst die Protokollirung des gesamten Inhalts der Vernehmung beider Parteien, womit zugleich eine zuverlässige Grundlage für die nachfolgende Entscheidung über die Frage geschaffen würde, welche Partei schwören darf und welche Behauptungen sie beschwören soll, sodann die Ausscheidung der letzteren Behauptung durch diejenige Verfügung, welche die Eidesauflage ausspricht. Die letztere Feststellung wäre keineswegs ein Rückfall in den gegenwärtigen Zustand, weil sie auf einer ganz anderen Grundlage beruhen würde, als der heutige Eidessatz. Es würden die Behauptungen genau so, wie sie aus dem Munde der Partei hervorgingen, unter Eid gestellt und es müßte auch die Aussage über die Quelle des Wissens beschworen werden.

Nur eine erhebliche Schwierigkeit, welche beim zugeschobenen Eid nicht besteht, ergiebt sich für den Fall, daß eine Partei oder, was seltener vorkommen wird, beide Parteien in großer Entfernung vom Gerichtssitze wohnen. Bisher wurde stillschweigend vorausgesetzt, daß nur der erkennende Richter selbst die Vernehmung pflegt. Wenn es der allein richtige Grundsatz ist, daß nur eine und zwar nur diejenige Partei zugelassen wird, welche der Richter für die glaubwürdigste hält, so muß auch im letztgedachten Falle über die Frage, welche Partei schwören soll, der erkennende Richter auf Grund der Acten entscheiden. Dasselbe gilt, wenn eine Partei wegen Krankheit durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vernommen werden muß. Die Beeidigung kann dann nicht unmittelbar nach der Vernehmung erfolgen, sondern erst wenn der Richter auf Grund der Acten über die Beeidigungsfrage entschieden hat. Die hierdurch entstehende Verzögerung wird nur ausnahmsweise eintreten und steht in gar keinem Vergleich zu derjenigen Verzögerung, welche durch die jetzige Rechtsmittelfrist und den Rechtsmittelzug gegen bedingte Endurtheile überall dort herbeigeführt wird, wo die Parteien nicht alsbald auf Rechtsmittel verzichten. In solchen Fällen könnte man dem Richter ausnahmsweise auch gestatten, daß er auf Grund einer etwa vorausgegangenen Beweisaufnahme und der Vernehmung der vor das erkennende Gericht zu ladenden Partei (oder auch ohne solche Vernehmung) über die Personenfrage entscheidet. Der erkennende Richter hätte dann den ersuchten Richter zu ermächtigen, die Beeidigung unmittelbar nach der Vernehmung auszuführen, wenn nicht die Vernehmung selbst erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beeidigung wach ruft.

Schwebt eine der zu vernehmenden Parteien in Lebensgefahr, so daß zu befürchten steht, sie werde bis zur Vornahme der vom erkennenden Richter anzuordnenden Beeidigung nicht mehr am Leben sein, so ist das

Digitized by Google

kein Grund, die Beeidigung vorwegzunehmen auf die Gefahr hin, daß der Richter schließlich zwei Eiden gegenübersteht, sondern der Fall ist ebenso zu behandeln, wie wenn sonst zwischen Vernehmung und Beeidigung unvorhergesehener Weise der Tod oder ein anderes Hinderniß der Beeidigung eintritt. Der Richter kann, wenn er gerade derjenigen Partei Glauben schenken will, deren Beeidigung gehindert ist, nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung ohne Beeidigung der Aussage zu Gunsten dieser Partei entscheiden.

Die Vorzüge der Vernehmung der Parteien als Zeugen in der hier vorgeschlagenen, von ähnlichen Einrichtungen fremder Rechte wesentlich abweichenden Gestalt lassen sich dahin zusammenfassen: sie vermeidet den Formalismus der Eideszuschiebung sowie die damit verbundene Proceßverschleppung und macht, entsprechend dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, den Ausgang des Processes von dem inneren Werth der Parteiaussage abhängig; sie erschwert sowohl die fahrlässige als die absichtliche Beeidigung einer Unwahrheit; der Gebrauch dieses Feststellungsmittels enthält in sich selbst eine Schranke, weil diese Vernehmung für die Parteien nichts Verführerisches hat wie die Eideszuschiebung und die Leistung eines normirten Eides. Die etwaige Vermehrung der Eide wird aufgewogen durch die Beseitigung überflüssiger Eide und durch die Verminderung der Meineidsgefahr. Des halb ist die Bejahung der gestellten Frage zu begutachten:

> Es empfiehlt sich, die Eideszuschiebung im Civilproceß durch Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen.

Digitized by Google

III.

Gutachten des Herrn Reichsgerichtsrath Stenglein zu Leipzig

über die Frage:

Empfiehlt sich die Durchführung des Systems der Schöffengerichte durch die gesammte erstinstanzielle Strafgerichts-Verfassung.

Die gestellte Frage dürfte nicht dahin aufzufassen sein, daß die Einführung eines Systems einheitlicher Schöffengerichte für alle in erster Instanz abzuurtheilenden Strafsachen in Frage gezogen wird, sondern in der Art, daß die Frage beantwortet werden soll, ob:

1. bei dem Strafgerichte I. Instanz in allen Abstufungen Laienrichter zugezogen werden sollen; ob
2. diese Zuziehung in der Art erfolgen soll, daß die Laienrichter nach Vorbild der jetzigen Schöffengerichte in gemeinsamer Berathung und Urtheilsfällung mit den rechtsgelehrten Richtern zusammenwirken sollen; und ob
3. die erkennenden Gerichte je nach Wichtigkeit des Falls mit einer größeren oder geringeren Zahl von Berufsrichtern und Schöffen besetzt werden sollen.

Dagegen wird ohne Weiteres davon abzusehen sein, daß etwa die Schöffengerichte in ihrer jetzigen Gestalt, d. h. in der Besetzung von einem rechtsgelehrten Richter als Vorsitzenden und zwei Schöffen als Beisitzern, als erkennende Gerichte für alle Kategorieen von Strafsachen fungiren könnten. Es wird wohl Niemand geben, der dies als eine entsprechende Gestaltung der Justiz-Organisation betrachten möchte. Allein auch unter der Voraussetzung einer stärkeren Besetzung des Gerichts mit Richtern

Digitized by Google

und Schöffen würde sich ein einheitlich gestaltetes Gericht für alle Kategorieen von Strafsachen nicht empfehlen. Es würde dies zur nothwendigen Folge haben, daß für Sachen geringerer Bedeutung der Apparat zu schwerfällig und kostspielig, für schwerere Straffälle voraussichtlich die Besetzung des Gerichts zu gering sein würde. Es kann vielmehr die Forderung nicht aufgegeben werden, daß für Strafsachen schwerster Gattung etwa in demjenigen Umfang, in welchem dieselben jetzt zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehören, die Zahl der Richter eine gewisse Bürgschaft für eingehende Würdigung der Umstände und Beweise bieten muß. Es wird hierfür von der Zahl zwölf nicht erheblich herabgegangen werden können. Es wäre dies aber ein Apparat, der für die Strafsachen leichtester Art, innerhalb der Grenzen der jetzigen schöffengerichtlichen Zuständigkeit, aber sogar für die Strafsachen mittlerer Gattung, nach Art der jetzt zu den Strafkammern competirenden, allzu schwerfällig und kostspielig sein würde. Es hat sich vielmehr die Dreitheilung in der Gestaltung der Gerichte vollkommen bewährt. Unter diesen Voraussetzungen könnte die gestellte Frage auch dahin formulirt werden:

1. Sollen die bisherigen Schöffengerichte in gleicher oder einigermaßen veränderter Besetzung beibehalten;
2. sollen den Strafkammern Laienrichter, und zwar Schöffen als solche, beigegeben;
3. sollen die Schwurgerichte in Schöffengerichte höchster Ordnung umgewandelt werden, wie dies durch den Entwurf der deutschen Strafproceßordnung einzuführen beabsichtigt war?

Ehe die Beantwortung der so gestellten Fragen versucht wird, dürfte es jedoch veranlaßt sein, einen Blick auf die Wirksamkeit der dermaligen Schöffengerichte zu werfen und die Frage zu stellen: Haben sich dieselben bewährt und ist der Erfolg derselben einladend genug, um eine Ausdehnung des Instituts in Aussicht zu nehmen? Als zweite Vorfrage aber bietet sich die Frage: Wie steht es zur Zeit mit der Beurtheilung der Schwurgerichte? Haben sich dieselben so bewährt, daß ihre Umgestaltung in Schöffengerichte auf Opposition stoßen wird, oder haben sie das allgemeine Vertrauen nicht mehr in dem frühereu Maße, so daß eine Beseitigung des Instituts sich empfiehlt?

Was die erste Frage betrifft, so bietet sich wenig Material zu deren Beantwortung. Das dermalige Schöffengericht ist ein Institut, welches keine laute Unzufriedenheit erweckt, das aber ebensowenig Bewunderer oder Lobredner gefunden hat. Es blüht im Stillen.

Digitized by Google

Diese Erscheinung kann nicht überraschen. Zeugniß über die Thätigkeit der Schöffen könnten ausschließlich die als Vorsitzende fungierenden Amtsrichter geben. Allein eine natürliche Discretion hält sie ab, dies in größerer Anzahl und vor der Oeffentlichkeit zu thun. Würden sie aber auch, wie nicht, sich aussprechen, so würde dies schwerlich mehr als ein lückenhaftes und trügerisches Bild ergeben. Wie verschieden sind die Individualitäten der Richter als Beobachter und Berichterstatter, wie verschieden die Schöffen nach Bildung, Befähigung und Lebensstellung! Das Institut könnte sich dem einem Richter für seine Auffassung darüber, was der Schöffe leisten soll, im glänzendsten Lichte zeigen, dem andern nach anderer Auffassung im schlechtesten, ohne daß eine wesentliche Verschiedenheit in den Erscheinungen vorliegt. Es besteht aber überdies kein Zweifel, daß in den verschiedenen Gegenden Deutschlands, daß insbesondere zwischen Städten und dem platten Lande, oder da, wo ein gebildeter, wohlhabender Stand von Gutsbesitzern besteht, gegenüber einem armen Bezirk mit stark getheiltem Eigenthum die auffallendsten Verschiedenheiten in der Qualität der Schöffen sich zeigen.

Dies vorausgeschickt, kann nur mit allen Vorbehalten des Irrthums die Ueberzeugung ausgesprochen werden, daß durchschnittlich das jetzige Schöffengericht keine Nachtheile gebracht hat, daß aber ohne Zuziehung von Schöffen, d. h. wenn die Rechtsprechung in die Hände von Einzelrichtern gelegt worden wäre, wie dies vor 1879 in vielen der deutschen Bundesstaaten der Fall war, die Strafjustiz keinen Nachtheil erleiden würde; oder mit anderen Worten: Die Schöffen haben nichts genützt und nichts geschadet. Dieselben waren in der überwiegendsten Mehrzahl der Fälle so in der Hand des richterlichen Vorsitzenden, daß eine Opposition der Schöffen gegen den Richter nicht vorkam. Wenn eine solche vorkam, so war sie schwerlich von Nutzen, sondern dürfte nur aus gewissen vorgefaßen Meinungen: über die Entbehrlichkeit mancher Vorschriften, über die Härte mancher Strafen u. s. w. hervorgegangen sein; vielleicht auch, was bei der Kleinheit der amtsgerichtlichen Bezirke nahe liegt, aus Bekanntschaft mit dem Angeklagten oder aus dem damit verwandten Gefühle, man könne selbst leicht in ähnliche Lage kommen, wie der Angeklagte. Es darf auch die Aunahme, daß die Entscheidungen der Schöffen zuweilen von solchen, dem Rechte nicht angehörigen Motiven beeinflußt gewesen sein möchten, nicht zu schwer genommen werden. Auch die Einzelrichter sind Menschen und unterliegen Beeinflussungen, wenn auch anderer Art, als die Schöffen. Deshalb ist die Berufung bei den Gerichten niederster Ordnung am Platz. Das Urtheil erster Instanz erscheint dabei nur als ein provisorisches, als eine Art von Versuch, der

Digitized by Google

Rechtskraft erlangt, wenn alle Betheiligten mit dem Ausspruch einverstanden sind, der aber einer Nachprüfung unterliegt, wenn dies nicht der Fall ist.

Es würde aber ungerecht sein, wollte man den Schöffen Nutzen in jeder Richtung absprechen. Sie mögen vor Allem dem Richter, besonders dem für solche Belehrungen zugänglichen, manchen schätzbaren Aufschluß über Verhältnisse des Lebens geben, dem sie selbst näher stehen, als der Richter, der vielleicht in eine ihm fremde Gegend und Bevölkerung berufen wurde. Man mag vom juristischen Standpunkte aus gegen solche im Berathungszimmer ausgetauschte Erfahrungen eine nicht unberechtigte Voreingenommenheit haben und sie sind bei den strafbaren Handlungen im engeren Sinne, bei Verbrechen und Vergehen, gewiß nicht am Platz; bei den Polizeiübertretungen und selbst bei den geringeren Rechtsverletzungen sind sie unentbehrlich, soll die Judicatur den Volksgefühlen und dem Verständnisse des Volkes nicht völlig fremd werden.

Ein weiterer Vorzug der Schöffengerichte ist ohne Zweifel, daß die Schöffen eine Brücke bilden zwischen der juridischen Kaste, den zur Aburtheilung in erster Reihe berufenen Gebildeten und den Abzuurtheilenden, dem Volke: nicht eine Brücke des Verständnisses, sondern eine sociale Brücke. Das Volk fühlt sich nicht von einem Repräsentanten eines herrschenden Standes, sondern mehr von einem Volksgerichte abgeurtheilt, und bringt drittens einem so componirten Gerichte größeres Vertrauen entgegen, als wenn der Richter allein abzuurtheilen hätte, obgleich ihm das Volk das volle Verständniß für die dasselbe bewegenden Gefühle, Bedürfnisse und Leidenschaften abzusprechen geneigt ist.

Diese beiden letzten Momente dürften es auch sein, welche es bewirkt haben, daß der Schöffendienst, obgleich er nicht geringe Erschwernisse und Unbequemlichkeiten mit sich bringt, wenn auch nicht in dem gleichen Maße wie der Geschworenendienst, allenthalben mit Bereitwilligkeit und Eifer geleistet wird. Die gemeinschaftliche Arbeit, der Einblick in die Mache der richterlichen Arbeit bringt es aber auch sicher mit sich, daß bei den Schöffen primär, von ihnen ausgehend aber auch bei der übrigen Bevölkerung, das Mißtrauen gegen die unbedingte Gerechtigkeit der Richter, gegen angeblichen Mangel derselben an menschlicher Theilnahme an dem Gerichteten, der Vorwurf der Voreingenommenheit, wo er überhaupt vorhanden ist, sich abschwächt oder ganz verschwindet.

Kann man im Volke auch keinen Enthusiasmus für die Schöffengerichte wahrnehmen, wie er einst für die Schwurgerichte vorhanden war, so fehlt doch auch jede Abneigung, es kann sogar zugegeben werden,

Digitized by Google

daß eine Abschaffung der Schöffengerichte vielfach auf Widerstand stoßen würde.

Diese Wahrnehmung leitet zur zweiten Vorfrage über, wie es in der öffentlichen Meinung mit dem Institut der Schwurgerichte stehe.

Der Verfasser dieses Gutachtens trat zu gleicher Zeit in das öffentliche und praktische Leben ein, als die Schwurgerichte eingeführt wurden, und war Zeuge des Eifers, mit welchem die öffentliche Meinung die Schwurgerichte als Palladium der Freiheit verlangte. Allerdings kann dieser oberflächlich unterrichteten, von unverstandenen Stichworten beherrschten öffentlichen Meinung in einem ernsten juridischen Kreise ein Gewicht nicht beigelegt werden. Viele der Gründe, welche ernste und denkende Juristen damals zu Anhängern des mündlichen Verfahrens machten, welches man von dem Schwurgerichte nicht zu trennen wußte, lassen sich für letztere nur in Folge eines sehr äußerlichen Zusammenhanges geltend machen, wie die Unmittelbarkeit der Erhebungen, die freie Beweiswürdigung, die Freiheit der Vertheidigung. Heute weiß man diese Momente zu trennen, will aber sicher auf die Vorzüge des mündlichen Verfahrens nicht verzichten. Die Schwierigkeiten, welche in der Fragestellung an die Geschworenen liegen, wurden damals unterschätzt; die Vorzüge, welche eine Trennung des erkennenden Gerichts nach That- und Rechtsfrage mit sich bringen sollte, wurden überschätzt. Endlich legte man ein Hauptgewicht darauf, daß die Schuldfrage von erfahrenen, unbefangenen Männern aus dem Volke besser und sicherer entschieden werden könnte, als von rechtsgelehrten Richtern, von welchen man annahm, daß sie dem Denken und Fühlen des Volkes oft entfremdet, dagegen durch die Gewöhnung der Aburtheilung von Strafthaten allzu geneigt wären, in jedem Angeklagten einen Verbrecher zu erblicken. Diejenigen, welche schon damals die größere Tauglichkeit rechtsgelehrter Richter zur Aburtheilung strafbarer Handlungen behaupten wollten, bildeten die Minorität und wurden durch den Vorwurf reactionärer Gesinnung überschrieen.

Eine Thatsache läßt sich aber nicht bezweifeln: Das allgemeine Vertrauen kam den Geschworenen entgegen, und dieses Vertrauen war in manchen Beziehungen leicht zu erklären. Der schriftliche Inquisitionsproceß hatte eine chinesische Mauer um die Gerichtshöfe gezogen. Man wußte nichts von ihnen und kannte sie nicht. Man erfuhr nur, daß ein Unglücklicher eingekerkert war, um nach Jahren sein Urtheil zu empfangen nach einer Procedur, von der er nur weniges aus den Acten erfuhr. Das Vertrauen, daß der Inquisit nach einer unparteiischen Untersuchung gerecht beurtheilt werde, wurde oft auf die härteste Probe gestellt. Die

Digitized by Google

politischen Processe aus der Mitte der dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts und auch noch spätere Vorkommnisse hatten das Vertrauen in die Gerichte untergraben. Es war kein Wunder, wenn nach Zuständen, wie sie fast allenthalben, mit Ausnahme der früher von Frankreich occupirten Landestheile, bis 1848 bestanden haben, die Einführnng des mündlichen und öffentlichen Verfahrens, bei dem Jedermann hörte, auf welche Beweise hin das Urtheil erfolgte, und bei welchem meist das Urtheil nach so viel Monaten gesprochen wurde, als früher nach Jahren, als eine Erlösung betrachtet wurde. Es war natürlich, daß man das französische System, welches in allen westlichen Provinzen hoch gehalten wurde, und welches man allein kannte, mit wenigen Verbesserungen annahm, und damit auch das Schwurgericht. Dasselbe lebte sich in den meisten deutschen Landestheilen bald ein, und, wenn auch die zum Geschworenendienst Berufenen über die schwere Last oft seufzten, es wollte Niemand das Schwurgericht missen, und ohne daß es in Deutschland als politisches Institut eingeführt war, hat es sich in politischen und Preßprocessen in sofern trefflich bewährt, als es das Vertrauen zu gerechter Beurtheilung bald wieder herstellte. In Preßsachen erfolgten allerdings viele, auch ungerechtfertigte Freisprechungen, aber nur so lange, als man tendenziöse Verfolgung darin suchen zu müssen glaubte. Seitdem dieser Verdacht beseitigt ist, erfolgen auch Verurtheilungen, welche nicht die Anfechtung erleiden, welche sie häufig erleiden, wenn sie von rechtsgelehrten Gerichten erfolgen.

Von diesem Capital an Vertrauen zehrten bisher die Schwurgerichte. Noch bei dem neunten Juristentage zu Stuttgart blieb ein Angriff auf die Schwurgerichte völlig erfolglos; gelegentliche Angriffe wurden stets zurückgewiesen, so noch im Reichstage bei Berathung der Reichs-Strafproceß-Ordnung. Allein in dieser Anschauung scheint sich ein Umschwung vollzogen zu haben, und zwar geht derselbe von der juridisch gebildeten Bevölkerung aus. Es liegen keine auffallenden Mißgriffe der Geschworenengerichte vor, auf welche man jenen Umschwung zurückführen könnte. Wenn die öffentliche Meinung des Instituts sich nicht mehr so lebhaft annimmt, wie früher, so könnte dies auch dadurch erklärt werden, daß dieselbe anderweit in Anspruch genommen ist. Daß aber das Juristenthum, auch das jugendliche, sich von der Parteinahme für das Geschworenengericht abgewendet hat, trat auf dem Juristentage zu Cöln in so entschiedener Weise hervor, und es war so bezeichnend, daß es gerade am Rhein geschah, wo die Wiege der deutschen Schwurgerichte gestanden hat, daß man sich über die Thatsache kaum täuschen kann.

Will man sich Rechenschaft darüber geben, wodurch dieser Umschwung

Digitized by Google

herbeigeführt wurde, so läßt sich nicht verkennen, daß viele der Gründe, die bei der Einführung für das Institut sprachen, seitdem abgeblaßt oder weggefallen sind. Die politischen Gründe sind gänzlich in Vergessenheit gerathen; man ist zur Erkenntniß gelangt, daß die Vorzüge eines unmittelbaren und mündlichen Verfahrens auch ohne Geschworene sich erhalten lassen; um so mehr sind die technischen Schwierigkeiten hervorgetreten, welche in der Fragestellnng und der damit in Zusammenhang stehenden sicheren Verständigung zwischen Richter- und Geschworenenbank liegen. Das Zurücktreten der Voreingenommenheit für die Geschworenen bringt es mit sich, daß man viel eifriger jeden Mißgriff der Geschworenen registrirt und denselben einer viel herberen Kritik unterzieht. Daß aber einzelne Mißgriffe vorkommen, läßt sich nicht leugnen. Auf Grund der Erfahrungen, welche die Theilnahme an der reichsgerichtlichen Judicatur, aber auch sonst in einer 44jährigen Thätigkeit in Strafsachen dem Verfasser dieses Gutachtens zu sammeln gestattete, hält sich derselbe zu der Behauptung berechtigt, daß die verschiedenen Landestheile Deutschlands in sehr verschiedenem Maße zur Erfassung der Aufgabe des Geschworenendienstes befähigt sind. Mißgriffe, welche in den weniger befähigten Landestheilen vorkommen, fallen aber dem Institute als solchem zur Last.

Vor Allem dürfte aber ein Punkt hervorzuheben sein:

Die Fragestellung ist ohne Zweifel einer der schwächsten Punkte in dem Verfahren mit Geschworenen. Alle Vorschläge, welche gemacht wurden, um sich von der Fragestellung vollständig zu befreien, erwiesen sich als undurchführbar. Die Geschworenen sind nicht befähigt ohne ganz bestimmte Directive ein Urtheil abzugeben. Die Gerechtigkeit würde aber Schaden leiden, wenn eine Modification der Anklage nach dem Ergebnisse der Verhandlung nicht zugelassen und den Geschworenen die Anweisung gegeben würde, die formulirte Anklage mit Schuldig oder Nichtschuldig zu beantworten. Keine Reform der Proceßordnung wird sich also der Aufgabe entziehen können, falls das Geschworenen-Institut erhalten bleiben soll, die Fragestellung beizubehalten und in irgend einer Weise zu ordnen. Der Versuch des preußischen Processes, in der Frage die Anklage vollständig in ihre thatsächlichen Bestandtheile aufzulösen, ist mißglückt, wie die zahlreichen Nichtigkeitsbeschwerden und Vernichtungen von Urtheilen wegen unrichtiger Fragestellung beweisen, über welche insbesondere Goltdammer's Archiv in eigener Rubrik zu berichten hatte. Zu weniger Anständen führte die Fragestellung in Bayern, ohne daß behauptet werden könnte, daß dort alle Schwierigkeiten beseitigt waren. Die deutsche Strafproceßordnung hat den gordischen Knoten mit dem

Digitized by Google

Schwert zerhauen oder auch, wie man mit einem volksthümlichen Sprüchworte sagen könnte: das Kind mit dem Bade ausgeschüttet; indem sie in § 293 bestimmte, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That nach ihren gesetzlichen Merkmalen nur unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände bezeichnet werden soll. Durch diese Unterscheidungsmerkmale allein wird nothdürftig die Identität zwischen Gegenstand der Anklage und Gegenstand des Urtheils gewahrt, d. h. durch die Angabe von Zeit und Ort der That, welche jedoch häufig sehr unbestimmt lauten muß: z. B. „im Jahre 1892 im Inlande", wenn es sich um einen complicirten Betrugs- oder Fälschungsfalle handelt, dessen Spuren über viele Orte Deutschlands verbreitet sind. Unbedingte Identität der strafbaren Handlung ist nicht erforderlich, da gemäß §§ 263, 294 St.P.O. nicht die zur Anklage gestellte That, sondern die That, wie sie sich aus der Verhandlung ergeben hat, Gegenstand der Fragestellung sein soll. Dagegen entziehen sich die rechtliche Beurtheilung und die Einzelheiten der von den Geschworenen in ihre Erwägungen einbezogenen Thatsachen jeder Controle. Ein Rechtsmittel gegen den Geschworenenspruch ist nur möglich wegen eines formellen Verstoßes, nicht aber wegen materieller Mängel, welche der sicheren Erkenntniß entrückt sind. Mag eine gefälschte Urkunde, welche Gegenstand der Anklage bildet, noch so sehr der Eigenschaften einer Urkunde entbehren, mag eine Eidesformel, welche angeblich falsch beschworen wurde, noch so mangelhaft gewesen sein, der bejahende Spruch der Geschworenen deckt alle Mängel. Es mag zugegeben werden, daß es nicht nothwendig gewesen wäre, das System so auf die Spitze zu treiben, wie das Reichsgericht es gethan hat. Es hat aber noch kein Schriftsteller behauptet, die Anschauung des Reichsgerichts hierüber entspreche nicht dem System des Gesetzes; die Urtheile des Reichsgerichts seien nicht untadelhaft logisch begründet, obgleich doch sonst dem Reichsgericht die Opposition nicht erspart blieb. Es sind Mängel des Gesetzes, nicht der Rechtsprechung, welche hier vorliegen.

Niemand wird aber leugnen wollen, daß die Möglichkeit uncontrolirbarer und uncorrigirbarer Mißgriffe als eine Rechtsunsicherheit schwer empfunden wird. Allein die unnahbare Souveränetät, welche den Geschworenensprüchen eingeräumt ist, wirkt auch corrumpirend auf die Geschworenen. So wenig es im deutschen Charakter liegt, sich über das Gesetz wegzusetzen, so verträgt doch kein Mensch auf die Dauer die unbedingte Freiheit seiner Handlungen, ohne sich zu Willkürlichkeiten fortreißen zu lassen. Spuren davon glaubt der Verfasser dieses Gutachtens

Digitized by Google

auch schon in deutschen Geschworenensprüchen wahrgenommen zu haben. Allein schon die Möglichkeit derselben muß eine Opposition hervorrufen, welche sich nicht gegen das Gesetz und dessen Mißgriff, sondern gegen das Geschworenen-Institut richtet. Neben der vollen Ueberzeugung, daß Mißgriffe, wie sie die Geschworenen in ihren Sprüchen machen, auch nicht vermieden werden würden, wenn nur rechtsgelehrte Richter zu urtheilen hätten, wenn diese Mißgriffe auch anderer Art sein und ihre Quelle in anderen Schwächen der menschlichen Natur haben würden, kann man es doch begreiflich finden, daß die unleugbar vorgekommenen Mißgriffe der Geschworenen, daß die technischen Schwierigkeiten in dem Frage- und Antwortspiel zwischen Vorsitzenden und Geschworenen, daß die verfehlte Stellung, welche das Proceßgesetz den Geschworenen über dem Strafrecht einräumt, eine Mißstimmung gegen das Geschworenen-Institut erzeugt hat, welche das früher vorhandene Vertrauen in dasselbe nahezu in das Gegentheil verkehrt hat. Hat das Institut aber das allgemeine Vertrauen verloren, so hat es die wichtigste Bedingung seiner Existenz verloren. Man kann sich mit einer mangelhaften Justizeinrichtung lange behelfen, wenn ihr das Vertrauen nicht fehlt. Die beste Einrichtung wird unhaltbar, wenn sie das Vertrauen entbehrt. Es ist schwer zu beweisen, daß dies in Bezug auf das Geschworenen-Institut der Fall sei. Allein schon der Umstand, daß immer wieder sein Fortbestand in Frage gestellt wird, läßt darauf schließen, daß das allgemeine Gefühl geneigt ist, die Frage zu bejahen.

Allein dadurch würde nur bewiesen sein, daß das Geschworenen-Institut einer Reform bedürftig ist, daß ihm eine Einrichtung gegeben werden müsse, welche es befähigt, die ihm gestellte Aufgabe entsprechend zu lösen. Allein manche der Mängel, welche den Geschworenen zum Vorwurf gemacht werden, sind so untrennbar mit deren Wesen verknüpft, daß eine Reform bei denselben nicht einsetzen kann. Dies ist vor Allem der Fall darin, daß die Geschworenen ohne alle technische Leitung ihren Spruch berathen und fassen. Dies ist nicht zu ändern, denn gerade in der von der Richterbank getrennten, von Rechtsgelehrten nicht beeinflußten Berathung und Beschlußfassung liegt das Wesen der Geschworenen. Wollte man ihnen einen Juristen als Berather und Vorsitzenden geben, so würde damit der Unterschied zwischen Geschworenen und Schöffen nahezu verwischt werden, jedenfalls die Schöffeneinrichtung sich mehr empfehlen. Durch einen solchen Schritt würde die laienhafte Unbefangenheit gegenüber dem Anklagematerial gestört; es würde eine officielle Beeinflussung geschaffen sein.

Digitized by Google

An der getrennten Berathung und Beschlußfassung knüpft sich aber die Frageſtellung an. Man kann ein Collegium von Nichtjuriſten nicht ohne alle Directive der Aufgabe gegenüber ſtellen, das Schuldig oder Nichtſchuldig zu finden. Deshalb wird es ihnen formulirt übergeben und iſt von ihnen nur mit Ja oder Nein zu beantworten. Es liegt alſo auch die Schwierigkeit der Formulirung der Fragen in dem Weſen der Geſchworenen. Dieſe läßt zwar gewiſſe Modificationen zu, aber im Ganzen heißt es auch von den Geſchworenen: „Sint ut sunt, aut non sint.“

Iſt alſo der dermalige Proceß mit Geſchworenen reformbedürftig, iſt aber das Geſchworenen-Inſtitut einer weſentlichen Reform unzugänglich, ſo kann eine Reform nur auf einem Wege gefunden werden, der die Geſchworenen entbehrlich macht und man kann deshalb nur fragen, ſind die Schöffen ein entſprechender Erſatz dafür oder (eine weitere Alternative beſteht wohl nicht) iſt zu einem Proceſſe zurückzukehren, in welchem die Gerichte ausſchließlich von juridiſch gebildeten Berufsrichtern beſetzt ſind? Es will nicht ſcheinen, als ob die letztere Alternative im Zuge der Zeit liege, da man in verſchiedenen Zweigen der Staatsverwaltung in neuerer Zeit eine Mitwirkung von Laien in Anſpruch genommen oder eine Vertretung der Betheiligten geſchaffen hat. Es dürfte auch nicht in Abrede zu ſtellen ſein, daß Laienelemente in den Gerichtshöfen geeignet ſind, Erfahrungen mannigfacher Art den Berathungen zuzuführen, welche den Berufsrichtern, wenn auch nicht gänzlich mangeln, doch nicht im gleichen Maße zu Gebot ſtehen. Ein weſentliches Gewicht wird aber vor Allem darauf zu legen ſein, daß es gut iſt, die Richter nicht wieder zu einer, von der übrigen Bevölkerung ſcharf getrennten Kaſte werden zu laſſen; auch der übrigen Bevölkerung einen Einblick in das Gefüge der Strafjuſtiz zu gewähren, welche das Vertrauen in die Unparteilichkeit und die Gewiſſenhaftigkeit der Richter nur erhöhen kann und jeden Gedanken an Willkür ausſchließt.

Ein Vorſchlag, das Laienelement bei Bildung der Gerichte wieder auszuſchließen, dürfte alſo entſchieden abzulehnen ſein.

Iſt man ſo auf negativem Wege bei den Schöffen angelangt, weil man zugeben muß, daß es rathſam iſt, den Proceß mit Geſchworenen zu reformiren, ein Proceß ohne Laien aber nicht annehmbar erſcheint; eine weitere Form der Theilnahme von Laien an der Urtheilsfällung als in der Eigenſchaft entweder von Geſchworenen oder von Schöffen ſich nicht bietet, ſo kann man die Unterſuchung nicht ablehnen, ob eine

Digitized by Google

Beiziehung von Schöffen zu den Gerichten mittlerer und höchster Ordnung sich auch aus positiven Gründen empfiehlt.

Die Eingangs dieser Erörterungen gemachten Bemerkungen über das derzeitige Schöffengericht lassen entnehmen, daß der Verfasser dieses Gutachtens über die Theilnahme von Schöffen bei den Gerichten niederster Ordnung, als Beisitzer bei den mit nur einem Berufsrichter besetzen Gerichten, sehr kühl denkt. Der Grund davon liegt in dem Umstand, daß er den wenig vorbereiteten beiden Laienrichtern in ihrer durchschnittlichen Beschaffenheit die nöthige Urtheilskraft nicht zutraut, sich über die ihnen zur Aburtheilung vorliegenden Straffälle eine selbständige Meinung zu bilden und diese auch gegen eine abweichende Meinung des Berufsrichters festzuhalten und durchzuführen. Ein tüchtiger Jurist oder auch nur ein einigermaßen geübter Praktiker hat so viele Mittel in der Geschäftsleitung und in seiner überwiegenden Erfahrung, daß die beiden Laienrichter an seiner Seite nur unter seiner Einwirkung sich ein Urtheil bilden werden, und dieses deshalb nothwendig mit dem seinigen übereinstimmt. Sollte aber auch ab und zu eine von der seinigen abweichende Meinung auftauchen, so wird doch in der Regel deren Verfechter dem Richter in der Discussion so wenig gewachsen sein, und der Hinweis auf das Gesetz, selbstverständlich nur in der Deutung, wie der Richter dasselbe auffaßt, so mächtig wirken, daß auch auf diesem Wege die Meinung des Richters in der Regel siegen wird. Ob ein gegen ihn zu Stande gekommenes Urtheil Vorzüge bieten würde, ist mehr als fraglich. Ein Schöffengericht unter einem wenig befähigten Richter muß aber vollends einem steuerlosen Schiffe verglichen werden. Diese Erwägungen sind es, die dahin führen, das Schöffengericht in seiner dermaligen Gestaltung als eine nicht wesentlich verbesserte Ausgabe des Einzelrichters zu betrachten.

Wesentlich anders würde sich die Sache bei den Gerichten mittlerer und höchster Ordnung gestalten. Es wird vorausgesetzt, daß die merkwürdige Verschiedenartigkeit, welche die dermalige Organisation der Gerichte zeigt: Ein Richter und Schöffen bei den Gerichten niederster, nur Berufsrichter bei den Gerichten mittlerer, Richter und Geschworene bei den Gerichten höchster Ordnung einem gleichartigeren System weichen, und zwar die Schöffengerichte in ihrer jetzigen Gestalt beibehalten, an die Stelle der Strafkammern aber Schöffengerichte von drei Berufsrichtern und vier Schöffen, an die Stelle der Schwurgerichte solche von fünf Berufsrichtern und sechs Schöffen treten würden; ohne daß Differenzen in den Ziffern wesentliche Unterschiede begründen würden, wenn

Digitized by Google

nur einer Mehrzahl von Berufsrichtern eine Mehrheit von Schöffen gegenübersteht. Die schwache Seite der jetzigen Schöffengerichte besteht nämlich darin, daß ein einziger juridisch gebildeter Berufsrichter mit den Schöffen zusammenwirkt, also nothwendig für sie das Orakel in allen rechtlichen Fragen bildet. Wollen die Schöffen den Richter überstimmen, so sind sie dennoch genöthigt, in allen technischen Dingen ihn gewähren zu lassen. Der überstimmte Richter könnte die Schöffen nicht einmal auffordern, das ihm vielleicht absurd erscheinende Urtheil selbst zu verfassen. Anders, wenn die Schöffen einer Mehrzahl von Richter gegenüber stehen. Sie hören die Discussion derselben, hören Gründe nicht nur für eine, sondern vielleicht sogar für drei oder fünf Meinungen, je nach Zahl der Richter, und können sich für eine derselben entscheiden. Die siegende Meinung wird auch einen Vertreter unter den Berufsrichtern finden.

Dabei fallen nicht nur alle Schwierigkeiten der Fragestellung hinweg, nicht nur die Hülflosigkeit der Laienrichter gegenüber nicht verstandenen Fragen, sondern auch die Unmöglichkeit, eine Begründung der Urtheile zu verlangen und diese dadurch jeder Controle zu entziehen. Ist es auch unmöglich, die feste richterliche Ueberzeugung, welche sich auf Grund freier Beweiswürdigung aus der Gesammtheit der Beweismittel ergiebt, zu begründen, weil diese Gedankenoperation in Worten sich nicht darstellen läßt, so ist doch eine unvollkommene Begründung besser als gar keine, und vor Allem fällt die Gefahr weg, welche bei den Geschworenensprüchen besteht und oft genug vermuthet wird, daß der Spruch auf die mißverstandenen Fragen etwas anderes sagt, als er sagen sollte, wobei aber doch ein wohlverständlicher, zum Berichtigungsverfahren keinen Anlaß bietender Sinn sich ergiebt. Das sichtliche Erstaunen der Geschworenen über einen nicht vermutheten Erfolg des Spruchs lassen nicht selten solche Mißverständnisse vermuthen, ab und zu macht sich sogar das Mißverständniß in deutlicher Aussprache Luft. Wo dies vorkommen kann, ist es klar, daß die Rechtsprechung keine sichere Grundlage hat.

Die Mehrzahl der Richter ist aber zugleich eine Garantie gegen jede einseitige Beeinflussung der Schöffen, welche die fast unvermeidliche Folge bei Function nur eines Richters ist. Selbstverständlich kann dabei nicht in Abrede gestellt werden, daß die Abstimmung der Schöffen unter der Beeinflussung der rechtsgelehrten Richter stattfindet. Es ist dies aber nur eine Fortsetzung der Discussion zwischen Staatsanwalt und

Digitized by Google

Vertheidiger, ohne den Parteibeigeschmack, der sich beim Plaidoyer nicht ganz vermeiden läßt.

Wer freilich glaubt, in der völligen Unbefangenheit der Laienrichter eine Garantie finden zu können, wer denselben nicht einmal die Fähigkeit zutraut, sich zwischen mehreren vor ihnen vertretenen Ansichten zu entscheiden, obgleich dies ein arges testimonium paupertatis wäre, der kann das Laienelement nur in der Form von Geschworenen zulassen; er müßte aber consequent auch auf Beseitigung des Plaidoyers und der Rechtsbelehrung des Vorsitzenden dringen, dessen undiscutirbarer Ausspruch ohnehin wohl begründete Einwände gegen sich hat.

Ob sich ein solches, völlig unbeeinflußtes Geschworenengericht bewähren würde, ist freilich eine andere Frage.

Bisher wurde der Schöffen nur als Ersatz für die Geschworenen gedacht. Daß aber, wenn dieser Ersatz beliebt würde, die natürliche Consequenz dahin führen müßte, auch den Gerichten mittlerer Ordnung Schöffen beizugeben, kann kaum Widerspruch finden.

Es würde sich hierbei ein weit systematischerer Aufbau der gerichtlichen Organisation ergeben, als er zur Zeit besteht und als er bei Beibehaltung der Geschworenen möglich ist. Es wurde zwar die Forderung gestellt, auch den Gerichten mittlerer Ordnung Geschworenenbänke, wenn auch in verminderter Besetzung, beizugeben. Allein abgesehen von der Vergrößerung der Mißstände, welche die Gegner des Geschworeneninstituts hierin erblicken müßten, würde ein derartiger Vorschlag schon an der Ueberlastung der zum Geschworenendienst berufenen Bevölkerungsschichten scheitern müssen. Es geht nicht an, diese allzu weit abzugrenzen und dürfte hierin schon das Gerichtsverfassungsgesetz etwas zu weit gehen. Der Geschworenendienst erfordert Opfer an Zeit und Geld, die nur der Wohlhabende tragen kann. Nur dieser bietet auch einigermaßen Gewähr für die erforderliche Bildung, Unabhängigkeit und Sicherung vor Beeinflussung. An die Bevölkerungsclassen, welche den Geschworenendienst zu leisten haben, erhöhte Anforderungen zu stellen, wie dies die Ausdehnung der Geschworenen auf die landgerichtlichen Strafsachen zur Folge haben würde, erscheint als unmöglich. Wenn dagegen die Zahl der Schöffen für die zur Zeit schwurgerichtlichen Sachen von zwölf auf sechs oder acht vermindert würde, so wäre ein Ausgleich für die Zuziehung von vier oder sechs Schöffen zu den Sitzungen der Strafkammern gefunden. Ueberdies ist aber der Schöffendienst, zu welchem nur eine Berufung für einzelne Sitzungen stattfindet, ein weitaus leichter zu tragender, als der

Digitized by Google

Geschworenendienst, bei dem die Berufung zu einer ganzen Sitzungsperiode erfolgt. Ferner ist ein Ersatz bei augenblicklicher Behinderung leichter zu beschaffen.

Bisher wurde die Frage der Berufung nur vorübergehend gestreift. Es kann ihr auch eine entscheidende Bedeutung für die vorliegende Frage nicht beigemessen werden. Es wurde erwähnt, daß bei Beibehaltung des Schöffengerichts in seiner dermaligen Gestaltung auch die Berufung beizubehalten sei, wobei dann die Entscheidung erster Instanz nur den Charakter eines Provisoriums erhält. Einer stärkeren Besetzung der Gerichte niederster Ordnung, etwa mit zwei Richtern und vier Schöffen, steht der mit der Bedeutung der Straffälle einer-, mit der Zahl derselben andererseits nicht im Verhältniß stehende Aufwand von Kräften entgegen. Einen Proceß ohne Berufung bei der Besetzung des Gerichts, wie zur Zeit, wird aber Niemand bevorworten wollen, da auch in der Zahl der Richter eine Garantie gründlicher Prüfung liegt.

Was dagegen die Gerichte mittlerer und höchster Ordnung betrifft, so ist ein Verfahren vor denselben mit und ohne Berufung denkbar. Allerdings würde die bei Zulassung der Berufung erforderliche Bildung von Berufungskammern mit erhöhter Richter- und Schöffenzahl abermals eine bedeutende Mehrbelastung sowohl des Justizetats, als der Schöffen ergeben und die sachlichen Bedenken gegen die Berufung nicht vermindert werden.

Die Möglichkeit, Berufung zuzulassen, läßt sich aber nicht leugnen.

Erwägt man freilich, daß die Geschworenengerichte ohne Nachtheil der Berufung entbehrt haben; daß für einen mündlichen, auf Unmittelbarkeit und freier Beweiswürdigung begründeten Proceß eine zweite Instanz nicht paßt, weil die zweite Instanz nicht so ausgestattet werden kann, daß sie als die besser informirte oder erfahrenere oder sorgfältiger prüfende gelten kann; daß im Gegentheil beim mündlichen Verfahren eine Wiederholung des Verfahrens aus oft erörterten Gründen ein weniger sicheres Resultat ergiebt, als die erste Verhandlung mit unbefangenen Zeugen; daß noch kein Gesetzbuch der Kosten halber es unternommen hat, die Wiederholung der gesammten Beweiserhebung zu gebieten, so daß die Berufungsinstanz stets die schlechter informirte war; erwägt man weiter, daß bei einer so einschneidenden Reform der deutschen Proceßordnung, wie sie die Einführung der Schöffengerichte bei den Gerichten höherer Ordnung voraussetzt, auch für bessere Sicherung des Entlastungsbeweises und der Vertheidigung, für Erleichterung der Wiederaufnahme des Verfahrens gesorgt und dadurch ein Proceß geschaffen werden

Digitized by Google

könnte, der ohne Nachtheil die Berufung von den Urtheilen der Gerichte mittlerer und höchster Ordnung entbehren läßt, so muß man sich dahin entscheiden, daß die Zulässigkeit der Berufung nicht weiter ausgedehnt werde, als sie zur Zeit besteht. Eine Beantwortung der Frage nach Einführung der Berufung ist aber weder durch die zur Begutachtung gestellte Frage veranlaßt, noch empfiehlt es sich, derselben in dem zu stellenden Antrag Ausdruck zu geben, da hierdurch die Diskussion vor dem Deutschen Juristentage nur complicirt würde, und zwei getrennt zu behandelnde Fragen nicht wohl gleichzeitig zum Austrage gebracht werden können.

Aus diesen Betrachtungen ergiebt sich als Gutachten:

Die Durchführung des Systems der Schöffengerichte durch die gesammte erstinstanzielle Strafgerichts-Verfassung empfiehlt sich unter der Voraussetzung, daß die Gerichte mittlerer und höchster Ordnung mit einer Mehrzahl rechtsgelehrter Richter und einer Mehrheit von Schöffen besetzt werden.

Digitized by Google

IV.

Gutachten des Herrn Hofrath Dr. Felix Hecht, Bankdirectors in Mannheim

über die Frage:

Haben sich die durch die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründungen von Actiengesellschaften bewährt oder empfiehlt sich eine anderweitige Gestaltung derselben?

Inhaltsverzeichniß.

§ 1. Statistik der Gründungen.
§ 2. Objective Grundlagen der Untersuchung.
§ 3. Die organische Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts seit dem Jahre 1884.
§ 4. Präcisirung der Fragestellung. Schleichwege der Gründer.
§ 5. Die Versuche bei qualificirten Gründungen individuell wesentliche Elemente aus dem Gesellschaftsvertrag zu eliminiren.
§ 6. Die Börse in den Zeiten wirthschaftlichen Aufschwungs und wirthschaftlicher Depression.
§ 7. Die Gründerbelastungen und Gründergewinne. Die Taxationen der eingelegten oder übernommenen Gegenstände. Das Princip der Rentabilität bei der Werthbemessung.
§ 8. Der Gründerbericht. Bericht des Vorstands und Aufsichtsraths. Die Revisoren. Der Registerrichter.
§ 9. Die Stellung der Handelskammern zur Frage der Revision bei der Gründung von Actiengesellschaften.
§ 10. Resultate.
Anlage: Statistische Übersicht der an der Berliner Börse vom Januar 1889 bis 1. December 1891 zur Einführung gelangten Actien und Obligationen inländischer gewerblicher Unternehmungen.

Digitized by Google

§ 1.

Statistik der Gründungen.

Es dürfte zunächst interessiren, eine Uebersicht über die Gründungsthätigkeit im Deutschen Reich zu erhalten. Sie ist in den Tabellen 1, 2 enthalten und dem Deutschen Oekonomist, Jahrgang 1892 S. 4 entnommen.[1]) Hieran reihen wir in Tabelle 3 eine Uebersicht der Gründung von Actiengesellschaften in Bayern für die Jahre 1884—1891. Die für diese Tabelle nothwendig gewordenen Vorarbeiten[2]) wurden mir von befreundeter Seite geliefert.

Tabelle 1. **Gründung von Actiengesellschaften 1871/91 im Deutschen Reiche.**

Jahr	Zahl der gegründeten Gesellschaften	Actiencapital	
		insgesammt Millionen Mark	durchschnittlich auf jede Gesellschaft Millionen Mark
1891	160	90,24	0,56
1890	236	270,99	1,16
1889	360	402,54	1,12
1888	184	193,68	1,05
1887	168	128,41	0,76
1886	113	103,94	0,92
1885	70	53,47	0,76
1884	153	111,24	0,72
1883	192	176,03	0,92
1882	94	56,10	0,60
1881	111	199,24	1,80
1880	97	91,59	0,94
1879	45	57,14	1,27
1878	42	13,25	0,32
1877	44	43,42	0,99
1876	42	18,18	0,43
1875	55	45,56	0,83
1874	90	105,92	1,18
1873	242	544,18	2,25
1872	479	1477,73	3,85
1871	207	756,76	3,65

[1]) Die Quelle dieser Statistik ist das Central-Handelsregister für das Deutsche Reich (Beilage zum Reichsanzeiger). S. ferner van der Borght, Statistik der Actiengesellschaften in dem Handwörterb. der Staatswissenschaften Bd. I s. v. Actiengesellschaften. Derselbe in Conrad's Jahrb. für Nationalökonomie und Stat. N. F. Bd. 19, S. 629 ff. S. auch Deutscher Oekonomist, Jahrg. 1885 S. 355, 1886 S. 33, 393, 1887 S. 16, 371, 1888 S. 2, 398, 1889 S. 2, 425, 1890 S. 2, 387, 1891 S. 3, 377. S. auch Hergenhahn, Statistik auf dem Gebiete der Actiengesellschaften im Jahre 1891 in Holdheim's Wochenschrift für Actienrecht, Nr. 1 ff.

[2]) Die Vorarbeiten stützen sich auf Pfleiderer's Handbuch der Bayerischen und Württemb. Actiengesellschaften, 9. Jahrg. 1891—1892.

Digitized by Google

Tabelle 2. **Gründung von Actiengesellschaften 1888/91 im Deutschen Reiche.**

Gewerbegruppen.	1888		1889		1890		1891	
	Actiencapital	Zahl	Actiencapital	Zahl	Actiencapital	Zahl	Actiencapital	Zahl
Landwirthschaft und Viehzucht	1 000 000	2	7 760 000	5	1 525 000	5	2 881 000	3
Bergbau, Hütten, Salinen	20 230 000	6	65 318 000	13	32 800 000	9	5 850 000	4
Industrie der Steine und Erden . . .	18 370 000	11	30 490 000	31	11 595 000	21	9 784 000	22
Metallverarbeitung, Maschinenbau . . .	18 002 000	18	42 365 000	36	55 006 000	17	10 682 000	9
Chemische Industrie, Heiz- und Leuchtstoffe	1 300 000	4	14 930 000	15	43 920 000	8	5 590 000	8
Textilindustrie	8 162 000	7	23 552 000	19	23 280 000	14	11 914 000	8
Papier-, Leder-, Holz- und Schnitzstoffe .	4 404 000	5	9 705 000	13	6 860 000	11	1 173 000	6
Nahrungs- und Genußmittel	35 864 000	53	57 663 000	67	19 486 000	47	15 565 000	31
darunter Zuckerfabriken	1 445 000	3	10 153 000	10	5 571 000	8	3 372 000	6
darunter Brauereien	28 087 000	41	23 497 000	30	8 451 000	20	10 640 000	20
darunter sonstige	6 332 000	9	24 013 000	27	5 464 000	19	1 553 000	5
Bekleidung und Reinigung	—	—	7 070 000	6	—	—	—	—
Baugewerbe	5 445 000	8	33 550 000	14	6 852 000	12	5 629 000	14
Polygraphische Gewerbe	6 270 000	9	4 325 000	13	12 161 000	16	747 000	5
Banken	30 744 000	8	61 628 000	69	26 845 000	31	2 105 000	16
Versicherungsgesellschaften	—	—	3 000 000	2	4 256 000	2	7 500 000	4
Eisenbahnen	11 300 000	4	7 016 000	6	6 924 000	4	3 400 000	2
Sonstige Transportgesellschaften . . .	16 165 000	10	8 617 000	15	10 295 000	14	4 300 000	7
Beherbergung und Erquickung	1 685 000	14	3 709 000	18	4 251 000	13	513 000	9
Diverse	14 744 000	20	21 846 000	18	4 934 000	12	2 655 000	12
Summe	193 685 000	184	402 544 000	360	270 990 000	236	90 238 000	160

Digitized by Google

Tabelle 3. **Gründung von Ac**

№	Gewerbegruppen.	1884		1885		1886		1887
		Actien-capital	Zahl	Actien-capital	Zahl	Actien-capital	Zahl	Actien-capital
1	Montan- u. Eisen-industrie ꝛc. .	—	—	400 000	—	2 100 000	—	5 490 000
2	Ziegeleien ꝛc. .	—	—	—	—	—	—	—
3	Chem. Industrie .	—	—	500 000	—	—	—	250 000[6]
4	Gasindustrie . .	—	—	—	—	—	—	—
5	Textilindustrie .	—	—	2 800 000	—	2 400 000	—	800 000
6	Bierbrauereien .	1 600 000	—	6 020 000	—	—	—	2 500 000
7	Mühlen . . .	—	—	—	—	—	—	—
8	Immobilien-Baugeschäft . . .	—	—	—	—	—	—	—
9	Druckereien . .	—	—	—	—	1 500 000	—	—
10	Banken	—	—	—	—	6 600 000	—	—
11	Versicherungsgesellschaften .	—	—	—	—	—	—	—
12	Transportgesellschaften . . .	—	—	—	—	—	—	10 000 000[1]
13	Bäder, Hotels ꝛc.	—	—	1 466 000	—	—	—	—
14	Lagerhausgesellschaften . . .	—	—	—	—	—	—	—
15	Diverse Industriegesellschaften .	—	—	—	—	200 000	—	4 050 000
	Summe	1 600 000	2	11 186 000	12	12 800 000	12	23 090 000[1]

Bemerkungen: [1]) 5000 Actien voll, von weiteren 5000 nur 50 % eingezahlt.
[2]) voll eingezahlt bis auf 20 % von 350 000 M.
[3]) Von 400 000 M. 25 % eingezahlt.
[4]) Von 2 000 000 M. 60 % und von 2 080 000 M. 50 % eingezahlt.
[5]) Von 80 000 M. 25 % eingezahlt.
[6]) Von 500 000 M. 25 % eingezahlt.
[7]) 25 % eingezahlt.
[8]) 50 % eingezahlt.

Digitized by Google

Aktiengesellschaften in Bayern 1884/91.

1888		1889		1890		1891 bis 1. October		insgesammt	
Actien-capital	Zahl	Actien-capital	Zahl	Actien-capital	Zahl	Actien-capital	Zahl	Actien-capital	Zahl
660 000	—	1 100 000	—	—	—	675 000	—	13 325 000	10
10 000	—	7 350 000	—	1 000 000	—	1 130 000	—	9 880 000	8
—	—	—	—	5 750 000	—	—	—	6 500 000	5
—	—	—	—	40 000[7])	—	—	—	40 000	1
50 000	—	4 950 000	—	—	—	—	—	12 200 000	10
86 000	—	4 830 000	—	3 625 000[6])	—	300 000	—	26 461 000	37
—	—	620 000[3])	—	—	—	—	—	620 000	2
—	—	2 250 000	—	—	—	—	—	2 250 000	1
775 000	—	1 625 000	—	—	—	—	—	5 900 000	7
000 000	—	4 758 000[4])	—	—	—	200 000	—	21 558 000	13
—	—	6 400 000	—	4 000 000[7])	—	—	—	10 400 000	3
000 000	—	1 900 000[5])	—	215 000	—	—	—	13 115 000	5
—	—	230 000	—	—	—	35 000[7])	—	1 731 000	5
300 000	—	—	—	—	—	—	—	300 000	1
650 000[2])	—	12 425 000	—	2 200 000	—	300 000	—	21 825 000	21
521 000	23	48 438 000[3])	45	16 830 000	12	2 640 000	8	146 105 000	129

In den Acten des Aeltesten-Collegiums der Kaufmannschaft von Berlin findet sich eine statistische Uebersicht über die vom Januar 1889 bis 1. December 1890 an der Berliner Börse zur Einführung gelangten Actien und Obligationen inländischer gewerblicher Unternehmungen. Der Vorstand der Herren Aeltesten der Kaufmannschaft hatte die große Güte, eine Abschrift dieser statistischen Uebersicht auf meinen Wunsch mir anfertigen zu lassen. Der große Werth einer solchen durchaus zuverlässigen Statistik ist leicht erkennbar. Es wird damit eine sehr interessante Uebersicht über die Emissionsthätigkeit des größten deutschen Börsenplatzes während eines größeren Zeitraumes geboten und vielfach ergeben sich

Digitized by Google

interessante Schlüsse, die freilich an dieser Stelle nicht dargelegt werden können. Ich füge in der Tabelle dem Curs vom 1. December 1890, noch den Curs vom 1. December 1891 an. Wenn ein Papier am 31. December 1891 nicht notirt war, so ist die nächstvorhergehende Notiz angegeben. Die Tabelle findet sich zum Schluß der Abhandlung als Anlage.

§ 2.

Objective Grundlagen der Untersuchung.

Ist im Vorhergehenden eine Uebersicht über die Gründungen seit dem Jahre 1884 gegeben worden, so wäre es nun unzweifelhaft für eine erschöpfende Behandlung des Themas von großer Bedeutung, wenn die Schicksale aller der seit der Actiennovelle stattgehabten Gründungen von ihren ersten Stadien und Vorstadien an bis zum heutigen Tage verfolgt werden könnten. Eine solch universelle Kenntniß ist aber schon durch die örtliche Zersplitterung der Gründungen über ganz Deutschland, und zumal auch diese Gründungen den verschiedensten Geschäftszweigen angehören, vollkommen ausgeschlossen. Die mannigfachen Mittheilungen der Tagespresse über unsolide Gründungen können, soweit das bezügliche Material nicht einer persönlichen Prüfung unterstand, für generelle Urtheile und für gesetzgeberische Vorschläge entweder gar nicht oder nur mit äußerster Vorsicht benutzt werden. Die Tagespresse und die Menschen gemeinhin sind geneigt, als unsolide Gründung jede mißglückte, als solide jede erfolgreiche Gründung zu betrachten. Die Praxis des Wirthschaftslebens ist in einem gewissen Sinn grausam. Der thatsächliche Erfolg ist entscheidend und vielfach für das Urtheil bestimmend. Das gilt nicht nur für Actiengesellschaften, auch nicht ausschließlich für das Wirthschaftsleben. Es giebt aber unzweifelhaft unsolide Gründungen, die im Laufe der Zeit durch besonders günstige, unerwartete Conjuncturen zu rentabeln Unternehmungen sich gestaltet haben, und ganz solide Gründungen, die einem widrigen Geschick zum Opfer fielen. So kann beispielsweise eine unsolide Terrainspeculation auf Actien durch Trassirung einer Eisenbahn, durch die Entdeckung eines Thonlagers sich günstig entwickeln. Und bei jeder schließlich rentabeln Unternehmung frägt Niemand nach dem Gründungsstadium. So wird das Urtheil leicht getrübt, dem forschenden Auge wird relevantes Material entzogen und anderes nicht relevantes drängt sich in den Vordergrund.

Bei Tagesfragen, wie die vorliegende, ist es aber von besonderer Bedeutung, daß objective Grundlagen und Ausgangspunkte gefunden werden, namentlich dann, wenn diese Tagesfragen dem Urtheile großer

Digitized by Google

Korporationen oder der gesetzgeberischen Organe unterstellt werden sollen. Wir haben mit wissenschaftlichem Auge den Erscheinungen der Praxis zu folgen. Das ist eine schwierige, aber in der heutigen Zeit unabweisbare Aufgabe. Von diesem Gesichtspunkte aus kommt die sog. öffentliche Meinung, die übrigens eine feine Fühlung für die Wirksamkeit der Gesetze zu haben pflegt, selbst das auf guter Beobachtung beruhende Urtheil einsichtsvoller Börsenmatadore erst in zweiter Reihe in Betracht. Haben doch Beide auch in Bezug auf die Beurtheilung des Entwurfs der Actiennovelle und der Einwirkung des Gesetzes auf die Gründungsthätigkeit sich getäuscht. Man war der Ueberzeugung, daß die Gründungsthätigkeit sich dauernd verringern und mit den unsoliden Gründungen auch die soliden gehemmt, daß namentlich aber die sog. qualificirten Gründungen gegenüber den Finanzgründungen zurücktreten würden. Daß diese Ansicht irrig sei, ist durch die Gründungsstatistik seit dem Jahre 1884 erwiesen.

Die Findung objectiver Grundlagen ist aber dadurch erschwert, daß die Actiennovelle erst seit zu kurzer Zeit sich in Geltung befindet. Und diese Thatsache wird überhaupt bei der Beantwortung der gestellten Frage große Reserve auferlegen. Unsere Zeit leidet bekanntlich an einer Ueberproduction auf dem Gebiete der Gesetzgebung. Die Energie der Selbsthilfe wird zurückgedrängt. Für politische Parteien sind Stichwörter, namentlich solche, die auf vermeintliche oder thatsächliche wirthschaftliche Mißstände Bezug haben, ein beliebtes Mittel der Propaganda. Und dem gegebenen Gesetz läßt man wiederum keine Zeit sich einzuleben.

Wo ist nun das Material zu suchen, das mit kritischem Urtheile benützt, objective Anhaltspunkte für die Beantwortung der gestellten Frage bietet? Die Actiennovelle ist nicht lange genug in Kraft, um uns aus der Praxis der Rechtsprechung, namentlich der Obergerichte und des Reichsgerichts, erhebliches Material zu liefern. Die beste Belehrung bieten im vorliegenden Falle die Beilageacten zu den Gesellschaftsregistern. Wer mit der nöthigen Personal- und Lokalkenntniß ausgestattet in einzelnen Städten, namentlich auch der Provinz, diese Beilageacten prüft, wird immerhin einige objective Anhaltspunkte für die Bildung eines Urtheils gewinnen. Das Studium solcher Beilageacten ist der Niederschrift dieser Zeilen vorausgegangen. So interessant auch die Unterredung über die fragliche Materie mit Männern ist, die dem Gründungswesen nahe stehen, mit hervorragenden Notaren, Rechtsanwälten, Registerrichtern und mit Gründern selbst, so wird man bei der großen Divergenz der Anschauungen, bei der weitverbreiteten Neigung zur Verallgemeinerung der Einzelerfahrungen nicht gerade leicht ein richtiges Urtheil sich bilden können.

Digitized by Google

Es sei noch hervorgehoben, daß eine Kritik des Wortlauts der einzelnen Artikel der Actiennovelle im Nachfolgenden ausgeschlossen ist. Die hierhergehörige Literatur darf als bekannt vorausgesetzt werden, kommt übrigens für die nachfolgenden Ausführungen weniger in Betracht.[1]) Wir werden uns vorzugsweise mit den qualificirten Gründungen und unter diesen wiederum mit den Simultangründungen zu befassen haben.

§ 3.

Die organische Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts seit dem Jahre 1884.

Bei Beurtheilung der Actiennovelle, insbesondere auch bei Beantwortung der uns vorliegenden Frage ist zu beachten, daß die Novelle nur ein einzelnes, im größeren Zusammenhang gedachtes Gesetz ist. Und in diesem größeren Zusammenhang nimmt die Novelle eine durchaus bemerkenswerthe Stellung ein. Seit dem Erlasse der Actiennovelle sind die Grundsätze für die Zulassung von Werthpapieren zur officiellen Börsennotiz in Deutschland präcisirt, und es sind die Voraussetzungen für die Zulassung erheblich beschränkt worden. Es besteht für die hervorragendsten deutschen Börsen der Prospectzwang: Die für die Beurtheilung des Effects wichtigen Angaben müssen von der das Effect beispielsweise in Berlin einführenden Firma durch Aushang an der Börse und Veröffentlichung in Berliner Zeitungen bekannt gemacht werden. Der Prospect bedarf aber einer vorherigen Einreichung bei dem Börsencommissariat der Fondsbörse, und diese gestattet den Handel in dem Effect den vereideten Maklern nur dann, wenn in einer von ihnen hinreichend befundenen Weise die für die Beurtheilung des Effects wichtigen Angaben in dem Prospect enthalten sind.[2]) Dieser sogenannte Prospect-

---

[1]) S. übrigens neben den bekannten vortrefflichen Commentaren: Richard Schmidt, Die civilrechtliche Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Actienrecht. München (Th. Ackermann) 1888; Dr. Karl Heßberger, Die volkswirthsch. Wirkungen der Actiengesetznovelle vom 18. Juli 1884 auf die Gründungen von Actiengesellschaften. Fulda 1889; Landauer, Ueber die Errichtung von Actiengesellschaften. Augsburg 1891: Dr. Rießer, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs, 1. Abth. (1887), S. 62 ff.

[2]) Rev. Geschäftsordg. f. d. Börsencommissariat der Kaufmannschaft von Berlin, v. 31. Dezbr. 1886, § 6: Börsenhandbuch, herausgeg. durch die Sachverständigen-Commission der Fondsbörse von Berlin, 1892, S. 101. Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 37, S. 502. Die leitenden Gesichtspunkte für die Einführung neuer Effecten an der Frankfurter Börse s. bei Puls, Frankfurter Börsenhandbuch 1892, 1. Th., S. 65 ff. S. auch Walther Lotz, Die Technik des deutschen Emissionsgeschäfts in Schmoller's Jahrbuch f. Gesetzgeb., 1890, S. 393 ff.,

Digitized by Google

zwang geht in mancher Hinsicht sogar zu weit. Auch ist die Kritik der Börsencommissariate gewiß eine minutiöse. In einzelnen Fällen mögen auch Papiere von der Notiz ausgeschlossen worden sein, die vielleicht hätten zugelassen werden können. Das hindert nicht, daß auch vielleicht ein einzelnes Papier zur Notiz gelangt, dessen Ausschluß vorzuziehen wäre. Diese Thätigkeit der Börsencommission, die Erschwerung der Zulassung zur Börsennotiz, hat nachweisbar einen heilsamen Einfluß auf die Gründungsthätigkeit geübt, die ziffernmäßig freilich nicht zum Ausdruck kommen kann. Aber diese Mitwirkung des Kaufmannsstandes für die Gesundung des Gründungswesens ist bei der Actiennovelle als eine den Gesetzesbestimmungen parallel gehende ergänzende Thätigkeit auch ins Auge gefaßt worden, und sie wird stets im Auge zu behalten sein.

Uebrigens hat das Princip des Prospectzwanges in der schon jetzt bestehenden Ausdehnung auch nicht unerhebliche Bedenken, und bei einer etwaigen gesetzgeberischen Regelung werden auch die für die Verwirklichung des Prospectzwanges bestehenden Ausführungsbestimmungen einer sehr sorgsamen Erwägung bedürfen.

Das Princip des Prospectzwanges führt nämlich zu einer Monopolisirung des Emissionsgeschäfts durch die Börsenplätze, zum Nachtheil der Provinzialbanken und Provinzialbanquiers und unter erheblicher Vertheuerung der zur Emission gelangenden Effecten für das Publicum. Von den deutschen Effectenbörsen kommen hauptsächlich die Börsen in Frankfurt a. M. und Berlin in Betracht. Wenn an einer dieser Börsen ein Effect zur Notiz gelangen soll, so hat die Einführung durch eine an den genannten Orten wohnhafte Bankfirma zu erfolgen. Selbst die Correspondenz mit der Sachverständigen-Commission der Börse hat bereits durch diese Bankfirma zu geschehen. Jede Emission bedarf also der Patronage eines Bankhauses an den Börsenplätzen. Die Bedingungen, unter denen diese Patronage zu erhalten ist, sind leicht construirbar und leicht erklärlich. Keine Patronage kann unentgeltlich gewährt werden, Je mehr man die Verantwortlichkeit der einführenden Firma steigert, um so mehr wird die Monopolisirung des Emissionsgeschäfts durch die Börsenplätze zunehmen und der Kostenpreis der Effecten vertheuert werden. Diese Monopolisirung würde vermieden und die Vertheuerung des Emissionsgeschäfts gemildert werden können, wenn festgesetzt würde: 1. daß die Prospecte von denjenigen Emissionsfirmen, die außerhalb der Börsenplätze domicilirt sind, bei der Handelskammer ihres Domicils

insbes. S. 441 ff. Die Abhandlung ist im Verlag von Duncker & Humblot auch separat erschienen.

Digitized by Google

eingereicht werden dürfen, 2. daß diese Handelskammer die Prospecte daraufhin prüft, ob sie den für den Prospectzwang maßgebenden Normativbestimmungen entsprechen, 3. daß die Sachverständigen-Commissionen der Börsenplätze die von den betreffenden Handelskammern Namens der Emissionsfirmen eingereichten Prospecte zwar auch ihrerseits selbständig zu prüfen haben, aber die Prospecte nicht deshalb zurückweisen dürfen, weil eine an den Börsenplätzen selbst domicilirte Bankfirma in den Prospecten nicht genannt ist.

Leider kann in diesem Zusammenhang auf die hier angedeutete und gelegentlich gestreifte hochwichtige Frage des Näheren nicht eingegangen werden.

Von erheblicher Bedeutung für die organische Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts ist ferner das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, das am 1. October 1889 in Kraft getreten ist. Der Erlaß dieses Gesetzes hat eine Reihe bestehender Genossenschaften bestimmt, sich in Actiengesellschaften umzuwandeln. Manchen bot er nur einen äußeren, plausiblen Vorwand für eine zu dieser Umwandlung aus anderen Gründen vorhandene Neigung. Das Gesetz bietet aber durch die reichsgesetzliche Anerkennung der Genossenschaften mit beschränkter Haftbarkeit eine für das ganze Reich nun mögliche Form der Gründungsthätigkeit, mit anderen Worten, die Möglichkeit, Unternehmungen, die seither in die Form der Actiengesellschaft eingezwängt worden sind, wirthschaftlich richtiger zu gestalten. Und diese Bethätigung der Reichsgesetzgebung steht in einem längst geplanten Zusammenhang mit der Actiennovelle. Schon im Jahre 1879 hatte der Bundesrath in diesem Sinne sich schlüssig gemacht.[1]) Aber auch dieses Gesetz bedarf einer geraumen Zeit, um sich einzuleben, einer noch größeren, um die Einwirkung auf das Wirthschaftsleben beurtheilen zu können.

Und in den letzten Wochen ist das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, im Reichstage zur Annahme gelangt. Dieses Gesetz gewährt eine neue Rechtsform für gesellschaftliche Privatunternehmungen, deren Tragweite noch nicht ermessen werden kann. Nach der Begründung des Entwurfs kennzeichnet sich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung „als eine Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als äußerste Form des capitalistischen Princips sich darstellenden Actiengesellschaft".[2])

[1]) S. Goldschmidt, Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nach dem Reichsgesetz vom 1. Mai 1889, in dessen Zeitschrift Bd. 37 (1890) S. 26.

[2]) S. auch die Schriften des Vereins zur Wahrung der wirthschaftlichen Inter-

Digitized by Google

Auch die Schaffung dieses Gesetzes ist bei der Berathung der Actiennovelle bereits angeregt worden.[1])

Erfüllt sich der Wunsch, daß durch das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich die Rechtsgrundsätze für die juristischen Personen sachgemäß gestaltet werden, so wird man nicht in Abrede stellen können, daß durch diesen Complex von Gesetzen in Verbindung mit einer durch den Kaufmannsstand stattfindenden Einwirkung auf die Gesundung der Emissionsthätigkeit das Actiengesellschaftswesen in einem außerordentlichen Maße vortheilhaft beeinflußt werden muß.

Bisher war die Actiengesellschaftsform die Zwangsjacke, in die zahlreiche dieser Unternehmungsform nicht homogene Gründungen eingekleidet werden mußten. Ganz besonders kam dies bei der Bildung der deutschen Colonialgesellschaften einflußreichen Kreisen zum Bewußtsein. Das Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 15. März 1888 eröffnete für die Colonialgesellschaften nur einen provisorischen Ausweg.

Eine Gesellschaftsform, die in dem Maße, wie die Form der Actiengesellschaft in Ermangelung eines anderen, durch die Gesetzgebung nicht vorgesehenen Rechtsbodens, dem Erwerbs- und dem socialen Leben überhaupt dienen mußte, ist in aller und in jeder Hinsicht der mißbräuchlichen Verwendung ausgesetzt. Wie manche Gründung mag daran zu Grunde gegangen sein, daß eine unrichtige Form für ein berechtigtes Unternehmen gewählt worden ist. Und so sehr auch, wie oben hervorgehoben, mißglückte Gründungen von unsoliden zu unterscheiden sind, so haben sie doch, namentlich in den Augen der Masse, leicht das Schicksal der Identificirung.

Durch diese seit dem Jahre 1884 erfolgte organische Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts sind Cautelen gegen die Gründung von Actiengesellschaften geschaffen worden, die bedeutsamer erscheinen, als die in der Actiennovelle selbst enthaltenen Cautelen.

§ 4.

Präcisirung der Fragestellung. Schleichwege der Gründer.

Die Fragestellung der verehrlichen ständigen Deputation des Deutschen Juristentages bedarf übrigens einer sorgfältigen Wortinterpretation.

---

essen von Handel und Gewerbe Nr. 26, 27. Sehr beachtenswerth, aber leider in Folge allzu rascher Erledigung des Gesetzentwurfes nicht beachtete Bemerkungen in der feinsinnigen Abhandlung von Goldschmidt: Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft. Berlin (Otto Liebmann) 1892.

[1]) Stenogr. Berichte des Reichstags 1884 S. 220, Begründung des Entwurfs, Drucksache Nr. 21, Bd. 3 S. 237.

Digitized by Google

Was bedeutet die Frage, ob die durch die Actiennovelle vorgeschriebenen Cautelen gegen unsolide Gründungen sich „bewährt“ haben? — Es könnte leicht die Meinung entstehen, als ob man bei der Redaction und beim Erlaß der Actiennovelle seitens der gesetzgebenden Organe der Ansicht gewesen sei, daß unsolide Gründungen nun nicht mehr vorkommen könnten. Diese Ansicht hat nie bestanden. Sie ist auch nirgends zum Ausdruck gelangt. Es ist im Gegentheil wiederholt die Ansicht geäußert und die Befürchtung ausgesprochen worden, daß die verschärften Vorschriften über Oeffentlichkeit und Verantwortlichkeit, namentlich auch die verdienstliche Präcisirung des Gründerbegriffs zwar die soliden Gründer zurückschrecken, aber die unsoliden nicht vom Gründen abhalten würden. In der That sind anfänglich die Kreise namentlich der Hautefinance von der Gründungs- und Emissionsthätigkeit zurückgeschreckt worden, und selbst bis zum heutigen Tage haben einige hervorragende Firmen Bedenken getragen, als Gründer hervorzutreten, sogar in solchen Fällen, in denen sie die Finanzirung der bezüglichen Unternehmungen durchführten.

Deutlich erkennbar war dies bei der Gründung der Colonialgesellschaften. Die Südwestafrikanische Gesellschaft wurde schließlich als preußische Corporation gegründet. Da sie aber auch in dieser Eigenschaft immerhin noch dem Handelsgesetzbuch unterstanden wäre, so machte man die Vermögenseinlage nicht zur Voraussetzung der Mitgliedschaft. Man ließ auch die Betheiligung von solchen zu, die keine Einlagen machten und gab diesen gleichwohl Stimmrecht. (Statut der deutschen Colonialgesellschaft für Südwestafrika §§ 3, 5.) Auch bei der ostafrikanischen wurde ursprünglich diese juristische Construction verwerthet.

Indessen wurde im Großen und Ganzen die anfängliche Scheu überwunden und die Gründungsstatistik giebt hierfür den besten Beleg.

Nach welcher Richtung sollen nun die Vorschriften gegen unsolide Gründungen sich „bewährt“ haben? Die Frage, ob solche unsolide Gründungen in größerer Anzahl stattgefunden hätten, wenn das alte Actienrecht noch in Kraft gewesen wäre, läßt sich schwer beantworten. Sie wird von mehreren Seiten entschieden bejaht. Ebenso wie auch die Frage bejaht wird, daß in Folge der durch die Actiennovelle geschaffenen Cautelen gegen „unsolide“ Gründungen auch durchaus solide verhindert werden. Haben aber die geschaffenen Cautelen etwa in der Hinsicht sich bewährt, daß die betrogenen Actionäre sich leichter entschließen möchten, die Gründer civil- und strafrechtlich verantwortlich zu machen und wurde hierfür insbesondere durch die Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister eine bessere Grundlage geboten?

Digitized by Google

Ich habe unter besonderer Verfolgung gerade dieses Gesichtspunkts von Gesellschaften, die nach Erlaß der Actiennovelle entstanden sind und nach meiner Kenntniß und Ueberzeugung in die Kategorie der unsolidesten Gründungen gehören, in einer der größten Städte die Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister geprüft. Es würde die ganze Darstellungskraft eines Jhering dazu gehören, um die Schleichwege zu schildern, die mit bewunderungswerther Schlauheit um die Cautelen der Actiennovelle herumgeführt haben. Diese hier von mir gemeinten Gründer, die ich mit Interesse auf ihren juristischen Schleichwegen verfolgte, gleichen den Schmugglern, die bei einer noch so dichten Besetzung der Zollgrenze ihre Waare doch noch über die Grenze zu bringen verstehen. Aber wenn sie wirklich den Schmugglern gleichen, so bezeichnet das doch einen Fortschritt gegen früher, wo sie freie, offene Bahn vor sich hatten, während ihnen jetzt nur Schleichwege bleiben. Es spricht dies nicht gegen, sondern für die Actiennovelle. Ja, in dem einen Fall hätte der Registerrichter sogar den Eintrag verweigern können: die Erwerbspreise der eingeworfenen Objecte waren nur auf $1^1/_2$ Jahr rückwärts nachgewiesen. Unter außerordentlich plausiblen, aber unzweifelhaft unrichtigen Gründen war dargelegt, daß die Erwerbspreise für die weiter rückwärts liegende Zeit nicht nachgewiesen werden könnten. In diesem Falle wäre überhaupt die Gründung wahrscheinlich unterblieben, wenn die Erwerbspreise auf 3 Jahre rückwärts hätten nachgewiesen werden müssen. Es hätte sich dann actenmäßig ergeben, daß enorme Zwischengewinne in Frage kamen, und man würde vielleicht Bedenken getragen haben, diese Thatsache actenmäßig zu constatiren.

In den bezüglichen Fällen sind die Actien an der Börse nicht eingeführt worden. Die Erschwerung der Börsennotiz wird selbstverständlich veranlassen, daß außerhalb der Börse, wenn man so sagen darf, „wilde" Actien in Verkehr gesetzt werden. Jene Gründer-Schmuggler scheuten nicht den schwachen Lichtstrahl der Oeffentlichkeit, wie er durch Notariatsacte, Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister, Veröffentlichung im Reichsanzeiger erzeugt wird, wohl aber mochten sie jene Beleuchtung scheuen, die einer Einführung an der Börse vorausgegangen sein würde oder sie begleitet hätte. Es giebt aber selbstverständlich auch sehr viele solide Gesellschaften, die für ihre Actien auf eine Börsennotiz nicht reflectiren. Zuweilen sind es gerade die solidesten. Immerhin ist durch die mitgetheilte Thatsache ein bedeutsamer Fingerzeig gegeben. Man könnte die heute in Deutschland befindlichen Actien in solche eintheilen, bei denen der Prospectzwang Anwendung gefunden hat — gelegentlich ihrer Cotirung an der Börse — und solche, bei denen der Prospectzwang ver-

Digitized by Google

mieden wurde — indem man die Cotirung unterließ. Auch für die letzteren ist bereits, insoweit bei der Gründung der Art. 209b in Betracht kam, die gesetzliche Declarationspflicht eingetreten, „die sich der Prospectheorie nähert“ (Gareis und Fuchsberger, Das allg. d. Handelsgesetzbuch S. 403, Nr. 162). Bei einer künftigen Revision der Actiennovelle wird aber in Erwägung gezogen werden müssen, ob nicht dieselben Principien des Prospectzwanges, so wie sie inzwischen für die Einführung von Actien an der Börse sich herausgebildet haben, ganz allgemein für alle Actiengesellschaften im Stadium der Gründung anzuwenden seien. Schließlich enthält, mit geringen Ausnahmen, jede Gründung einer Actiengesellschaft den Keim einer Actien-Emission.

Die obengenannten Gründungen sind in der Zwischenzeit zusammengebrochen. Von den Verlusten sind vorzugsweise die Gründer selbst betroffen worden. In dem einen Fall, in dem etwas weitere Kreise in Mitleidenschaft gezogen sind, ist die Anstellung von Regreßklagen nicht ausgeschlossen.

Wer die Praxis des Verkehrslebens beobachtet, wird mit Befriedigung wahrnehmen, daß der größere Theil der unsoliden Gründer schließlich sich selbst zu Grunde richtet. Die Unsolidität trägt den Keim der Selbstvernichtung in sich. Wirthschaftliche Solidität ist nicht nur eine Tugend, sondern vor Allem eine durch die geschäftliche Klugheit gebotene Verhaltungsmaßregel. Die Erfahrungsthatsache, daß die meisten unsoliden Gründer schließlich in die Grube fallen, die sie anderen graben, könnte die Gesetzgebung sogar veranlassen, von besonderen Präventivmaßregeln abzusehen, wenn sie nicht bis zu einem gewissen Grade die Aufgabe hätte, dem verderblichen Treiben deshalb vorzubeugen, weil solche Gründer in der Zwischenzeit, bis zu ihrem eigenen Ruin, öfter zahlreiche Existenzen, und darunter auch viele ohne deren Verschulden, in ihren Sturz verwickeln.

In Betreff der Verantwortlichkeit der Gründer hat man sich zu vergegenwärtigen, daß diese Frage der Verantwortlichkeit in den meisten Fällen erheblich nach dem Zeitpunkt der Gründung entsteht. Man bedenke nur, mit welchen Schwierigkeiten schon eine Zeugenaussage verbunden ist, wenn die Handlung, auf die sich die Zeugenaussage bezieht, einige Jahre zurückliegt. Ja, wenn der Zeuge gewußt hätte, daß er in einem späteren Zeitpunkt berufen sei, vor dem Civil- oder Strafrichter über seine Wahrnehmungen auszusagen, so würde er mit ganz anderem Auge die betreffenden Vorgänge verfolgt und fixirt haben. Wieviel schwieriger gestaltet sich in einem Gründerproceß der processualische Beweisapparat. Die Gründung hat in legalen Formen stattgefunden, denn andernfalls wäre die Eintragung der Gesellschaft nicht erfolgt. Eine

Digitized by Google

geraume Zeit ist dahin gegangen. Die Gründer selbst sind möglicher Weise nur die Strohmänner gewesen, insolvente Leute, Drahtpuppen, hinter denen die eigentlichen, aber durch die Gründungsacten nicht fixirten Gründer-Schmuggler standen. Ich habe dies für einen Fall nach dem Studium der Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister constatirt. Das Gründungsbild war schon ein gefälschtes. Nun denke man sich, daß die erste Direction, die Mitglieder des ersten Aufsichtsraths zurückgetreten sind. Eine andere Direction, ein anderer Aufsichtsrath haben ganz nothwendiger Weise eine Reihe dispositiver Handlungen vollzogen. Die ohnehin complicirte Sache wird nun mit jedem Tage complicirter. Jede neue dispositive Handlung schafft eine neue Situation. Denn die ursprünglichen Gründer werden den Nachweis versuchen, daß die schließlich entstandenen Verluste nicht eine Folge der Gründung, sondern die Consequenz unrichtiger Dispositionen ihrer Nachfolger seien. Nun können in der That die wirthschaftlichen Verhältnisse, die für das Unternehmen in Betracht kommen, in der Zwischenzeit sich gänzlich umgestaltet haben, so sehr, daß wir überaus schwer alle die Momente, die wir für die Beurtheilung der Gründung in Betracht ziehen müssen, zu reconstruiren vermögen. Es ist aber auch zu beachten, daß dolose oder grob fahrlässige Gründungen nur sehr ausnahmsweise von respectablen Firmen ausgehen, und diese Thatsache darf eine gewisse Beruhigung gewähren. — Fahrlässige Emissionen ausländischer Werthe stehen hier nicht zur Erörterung. — Die getäuschten Actionäre haben also öfter zu erwägen, ob sie gegen problematische Existenzen Processe anstreben und dem schlechten Geld das gute nachwerfen wollen.

Bieten nun unter Berücksichtigung aller dieser Momente die Cautelen der Actiennovelle eine bessere Grundlage für die Klagen gegen Gründer, ersten Vorstand und Aufsichtsrath? Sind hierfür insbesondere auch die Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister eine bessere Stütze, wie früher? Diese Frage muß ich nach sorgfältiger Prüfung immerhin bejahen. Freilich setzt gerade die Prüfung der Beilage-Acten eine ganz besondere Sachkenntniß voraus, wie sie nur bei Einzelnen sich findet, und wenn die strafrechtliche Verantwortlichkeit noch seltener in Rede steht, so dürfen wir uns nicht verhehlen, daß bei vielen Staatsanwälten ein begreiflicher Horror vor dieser Kategorie von Processen besteht.

Es ist mir bekannt, daß viele juristische Collegen einer anderen Meinung sind, daß sie diesen Cautelen gar keinen Werth beilegen. Aber die relativ geringere Erfahrung eines einzelnen, noch so befähigten Juristen ist nicht ausreichend. Sie bedarf unter allen Umständen einer Ergänzung gerade durch das Quellenstudium für zahlreiche Gründungen, wie es sich

Digitized by Google

nur durch die Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister ergiebt. Und es kann schließlich doch nicht in Abrede gestellt werden, daß diese Materialien instructiver sind, als sie früher waren. Sonach ist der jetzige Zustand relativ besser. Es ist freilich richtig, daß die derzeitigen Cautelen, die bei der Gründung von Actiengesellschaften in Betracht kommen, für viele Gründungen durchaus überflüssig sind. Aber für die guten Menschen und Gesellschaften sind die meisten Gesetze überflüssig.

Und bei dieser ganzen überaus difficilen Materie entsteht mit jedem Schritt die Frage nach der wissenschaftlichen Grenze für die Gesetzgebung in wirthschaftlichen Dingen. Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß auch die Actiennovelle vielfach lediglich an Symptomen herumcurirt. Aber ebensowenig läßt sich doch verkennen, daß sie darüber hinaus einige werthvolle gesetzgeberische Gesichtspunkte für das Gründungsstadium gefunden hat. Sie hat den Begriff der Gründer juristisch präcisirt, das Princip der Oeffentlichkeit für das Gründungsstadium in erweitertem Maße zur Geltung gebracht und das Bewußtsein einer juristischen Verantwortlichkeit in dem für eine Gründung in Betracht kommenden Personenkreis verschärft. Wer dies unterschätzt, der möge das Gründungswesen am Anfange der 70er Jahre sich vergegenwärtigen. In unserer raschlebigen Zeit wird die Erinnerung an die Zustände unter einer früheren Zeit überaus schnell verdrängt. Jeder fühlt nur seinen eigenen Schmerz, wie er in einem gegebenen Augenblick sich äußert. Die Kritik der gegenwärtigen Gesetzeszustände läßt den historischen Rückblick nicht aufkommen.

Was das Princip der Oeffentlichkeit betrifft, so äußert sich dies bekanntlich insbesondere auch darin, daß die Gründungsacten zu Jedermanns Einsicht stehen. Es ist eine weit verbreitete Meinung, daß von diesem Recht der Einsichtnahme nur äußerst selten Gebrauch gemacht werde. Auf Befragen ist mir von der Mannheimer Registratur des Handelsregisters bestätigt worden, daß in Mannheim die Beilagefascikel zum Gesellschaftsregister verhältnißmäßig häufig eingesehen werden.

Es ist überaus interessant zu beobachten, wie sehr dieses Princip der Oeffentlichkeit seinen Einfluß übt, und wie man versucht, den Consequenzen dieses Princips sich zu entziehen. Es möge dies an einigen Beispielen im folgenden Paragraphen erläutert werden.

§ 5.

Die Versuche, bei qualificirten Gründungen individuell wesentliche Elemente aus dem Gesellschaftsvertrage zu eliminiren.

Die für das Studium des Gründungswesens vorzugsweise interessanten Fälle sind diejenigen der qualificirten Gründung. Die Grün-

Digitized by Google

dungen, bei denen das Capital in baar einbezahlt wird, vollziehen sich nach der Schablone und das Gründungsstadium bietet meist nichts Bemerkenswerthes. Es wird mir allerdings von durchaus competenter Seite bestätigt, daß die Vorschrift der Baareinzahlung jedenfalls nicht den Werth habe, den man ihr vielfach beigelegt hat.

Es ist eine anscheinend verbreitete Neigung, in den gedruckten Statuten den Charakter der qualificirten Gründung nicht hervortreten zu lassen, bezw. thunlichst rasch die darauf bezüglichen Paragraphen zu eliminiren. Aus einer benachbarten Stadt liegt mir das Statut einer Actiengesellschaft vom 17. Mai 1887 vor, dessen § 6 so lautet: Das Capital der Gesellschaft beträgt ℳ 1 300 000 und wird in 1300 Stück Actien à ℳ 1000 zerlegt. § 7: Das Gesellschaftscapital ist ganz eingezahlt. — Aus dem Statut ist nicht ersichtlich, daß eine Illation von ℳ 1 250 000 stattgefunden hat. Nur aus dem Revisionsbericht konnte das entnommen werden. Man beantragte die Eintragung einer Zweigniederlassung in Mannheim. In der bezüglichen Veröffentlichung wird hier ausdrücklich auf die Illation unter Nennung des Inferenten hingewiesen. Der Registerrichter unserer Nachbarstadt hätte unzweifelhaft dieses Statut zurückweisen müssen. Aber dieser Fall steht nicht vereinzelt. Man hat sich anderwärts auch in der Weise geholfen, daß die Einlagen, deren im Statut nicht Erwähnung gethan wird, aus einem notariellen Separatprotocoll von demselben Tag ersichtlich sind, wobei es zum Eingang heißt: „Als integrirender Theil dieses Gesellschaftsvertrags wird hiermit festgesetzt, was folgt."

In Mannheim wurde am 24. Juli 1887 eine Gesellschaft gegründet, in deren Statuten § 3 lautet: Das Grundcapital der Gesellschaft beträgt ℳ 550 000 eingetheilt in 550 Actien à ℳ 1000.

Diese Actien sind von den Gründern der Gesellschaft sämmtlich übernommen und voll einbezahlt und zwar 485 Actien durch Einlage von Actionären auf das Grundcapital und 65 Actien durch Baarzahlung.

§ 4. Die Actionäre (folgen die Namen) machen auf das Grundcapital folgende Einlagen (folgt die Aufzählung). Für diese Einlagen werden in Actien gewährt zusammen 485 Actien.

In der Generalversammlung vom 6. October 1888 wurde nebst anderen Statutenänderungen auch die Weglassung des § 3 Abs. 2 und von § 4 beschlossen.

Das Amtsgericht lehnte die Eintragung dieser Statutenänderung ab. „Die Bestimmung, deren Streichung beabsichtigt wird, ist auf Grund der zwingenden Vorschriften des Art. 209 Abs. 1 und 209 b des Handelsgesetzbuchs in die den Gesellschaftsvertrag feststellende notarielle Verhand-

Digitized by Google

lung vom 27. Juli 1887 sowie in den Gesellschaftsvertrag selbst aufgenommen worden. Individuell wesentliche Elemente des Gesellschaftsvertrags sind als solche im Zweifel unabänderlich. Als ein solches Element erscheint aber die Bestimmung, daß sämmtliche Actien von den Gründern übernommen sind. Hierdurch wird der Charakter der Actiengesellschaft als auf einer Simultangründung beruhend endgültig festgestellt und es fallen alle diejenigen Cautelen weg, welche das Gesetz für den entgegengesetzten Fall aufgestellt hat. Diese Bestimmung des Gesellschaftsvertrags hat für die ganze Dauer des Bestehens der Gesellschaft ihre Bedeutung. Denn bei der Veröffentlichung der Errichtung einer Zweigniederlassung muß als Auszug aus dem Gesellschaftsvertrag veröffentlicht werden: der Name, Stand, Wohnort der Gründer und die Angabe, ob sie die sämmtlichen Actien übernommen haben." „Nicht minder bedenklich ist die Streichung von § 4: die Aufnahme der hier in Frage stehenden Bestimmungen über die von der Gesellschaft zu übernehmenden Vermögensstücke und über die auf die einzelnen Einlagee gewährten Actien in den Gesellschaftsvertrag ist in zwingender Weise angeordnet. Der Gesellschaftsvertrag muß auch angeben, welche Zahl von Actien jeder Gründer übernommen hat. Diese Bestimmungen behalten ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit der in den Art. 213a bis e genannten Personen und jedenfalls für die Dauer dieser Verantwortlichkeit. Würde § 4 durch Statutenänderung einfach beseitigt, so wäre die Folge, daß bei einer Inverkehrsetzung der Actien der Gesellschaft, wie sie nach mündlicher Mittheilung der Directoren für das nächste Jahr beabsichtigt wird, das im Handelsregister eingetragene abgeänderte Statut über die bei der Gründung der Gesellschaft gemachten Einlagen keinen Aufschluß mehr geben würde. Abschriften des abgeänderten Statuts aus dem Handelsregister, sowie das in den Druck gegebene abgeänderte Statut würden der Tendenz des Gesetzes zuwider über den Gegenstand lediglich nichts enthalten, für welchen zum Schutze des Publicums eine besonders sorgfältige Festsetzung, Prüfung und Veröffentlichung vom Gesetzgeber für nothwendig erachtet wird. . . Auch würde im Fall der Errichtung einer Zweigniederlassung die obligatorische Vorschrift des Art. 210 Abs. 1 Z. 1 nicht beachtet werden können: Der zu veröffentlichende Auszug aus dem Gesellschaftsvertrag würde über die nach Art. 209b getroffenen Festsetzungen nichts enthalten, weil dieselben in Folge der Statutenänderung aus demselben ausgeschieden wären."

Das Landgericht verwarf die gegen den Beschluß des Amtsgerichts erhobene Beschwerde als unbegründet. „Es ist zwar richtig, daß das Handelsregister und der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag der Einsicht

Digitized by Google

jedes Interessenten freisteht und hieraus jeder sich über die im abgeänderten Gesellschaftsvertrag fehlenden Bestimmungen unterrichten könnte. Auch wäre das Amtsgericht im Fall einer späterhin eintretenden Errichtung einer Zweigniederlassung durch die projectirte Fassung der Statuten nicht gehindert, unter Zurückgehen auf den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag und die darin enthaltenen Festsetzungen, die Eintragung der Zweigniederlassung vorschriftsmäßig zu vollziehen. Allein die fraglichen Bestimmungen der Statuten enthalten eine für die ganze Dauer der Gesellschaft geltende wesentliche Feststellung, die einer materiellen Aenderung oder Aufhebung nicht unterliegen können und die eben wegen dieser ihrer Qualification nicht formell nur in Auslassung kommen darf. Dies ergiebt sich auch aus Art. 209b, welcher die Einverleibung dieser Festsetzung in den Gesellschaftsvertrag vorschreibt und nicht zuläßt, daß sie in einer nebenhergehenden besonderen Verhandlung aufgenommen werde. Es ergiebt sich dies weiter aus der ganzen Tendenz des den Art. 209b statuirenden Gesetzes. . . Die künftigen Erwerber der Actien, die zunächst in Umlauf gesetzt werden sollen, haben ein wesentliches Interesse daran, zu wissen, wie der Hergang bei der Gründung gewesen ist und insbesondere, ob eine qualificirte Gründung und welcher Art vorliegt. Wenn auch die Ermittelung dieser Verhältnisse durch die geplante Statutenänderung nicht unmöglich gemacht würde, so enthält diese doch eine Verdunkelung des Gründungsherganges und eine Erschwerung der Kenntnißnahme über denselben. Für die Festsetzung in § 3 kann dahin gestellt bleiben, ob auch sie als ein wesentlicher Bestandtheil des Gesellschaftsvertrags zu erachten ist. Allein die Angabe des § 3 steht im engen Zusammenhang mit § 4, so daß eine Scheidung in dieser Beziehung nicht möglich wäre."

Im gleichen Sinne ist in der Folge entschieden worden. Diese Entscheidungen sind durchaus correct. Siehe übrigens auch z. B. Entscheidung des R.G. in Civils. Bd. 17 Nr. 3 S. 17.

§ 6.

Die Börse in den Zeiten wirthschaftlichen Aufschwungs und wirthschaftlicher Depression.

Es ist oben darauf hingewiesen worden, daß die der Gesetzgebung auf wirthschaftlichem Gebiete gezogenen engen Grenzen vielfach nicht richtig erkannt werden. Wirthschaftlicher Aufschwung und wirthschaftliche Depression lassen sich nicht in Formeln fassen. Es giebt Zeitströmungen, die mit einer elementaren Macht den Unternehmungsgeist beeinflussen. Entweder auf dem ganzen Gebiete des Handels und Verkehrs oder für

Digitized by Google

bestimmte Theile besteht dann eine nicht zu dämmende Unternehmungslust. Das Publicum giebt hier den ersten Anstoß zu einer Gründungsepoche. Es verlangt für disponible Capitalien nach neuen Werthen, die Aussicht auf größere Rentabilität bieten. Der Bankier sucht nach Unternehmungen, die sich zur Gründung eignen. In solchen Zeiten sind alle Aussichten rosig, alle Befürchtungen werden als gegenstandslos verlacht, der von seinem langjährigen Bankier gewarnte Client geht heimlich zu einem anderen minder scrupulösen, die rasche Steigerung der Course steigert die Kauflust, am Stammtisch erzählt man sich von dem rasch erworbenen Reichthum Einzelner — häufig sind diese Reichthümer nur auf dem Papier vorhanden — der ernste Familienvater macht sich Vorwürfe, daß nicht auch er im Interesse der Seinen die günstige, vielleicht nicht wiederkehrende Gelegenheit wahrgenommen habe, um rasch und mühelos reich zu werden.

In einer solchen Zeit verkauft der kalte, ruhige Beobachter seinen Effectenbesitz zu hohen Coursen. Er weiß, daß der Rückschlag unvermeidlich ist und will seine Capitalien parat halten, um zu niedrigen Coursen wieder einzukaufen. Aber das ist eine kleine Minderheit. Bald folgt die Entnüchterung. Die Phantasiegebilde verschwinden. Die Menschen erwachen aus dem Traumleben, in dem sie sich bisher befanden. Das mühsam, vielleicht in Generationen erworbene Capital ist nur noch durch Scheinwerthe repräsentirt. Jetzt entstehen die Recriminationen. Bis dahin war der „Gründer" ein angesehener Mann, er schuf neue Werthe, die kaum geschaffen, ihre Abnehmer fanden. Jetzt untersucht man die Unterlagen seiner Gründung.

In der That darf man nicht vergessen, daß derselbe Taumel, von dem das Publicum ergriffen war, auch den Gründer erfaßt hatte. Seiner Naturanlage nach vielleicht ein unverbesserlicher Optimist hat er noch mehr als das Publicum in Selbsttäuschung sich befunden und gleichzeitig, wenn auch bona fide, andere getäuscht. Die Grenze zwischen der leichtsinnigen, von der Speculationswuth des Publicums getragenen und gedankenlos begrüßten Gründung und zwischen der unsoliden Gründung ist häufig kaum erkennbar.

Der leichtsinnige Capitalist, der an Actien sein Geld verloren hat, macht nicht sich, sondern der Actiengesellschaft alle Vorwürfe. Diejenigen, die Actien erwerben, vergegenwärtigen sich selten, daß sie damit Theilhaber eines gewerblichen Betriebs werden. Derselbe Capitalist, der Bedenken tragen würde, erhebliche Summen in einem Bergwerk oder in einer Fabrik direct anzulegen, trägt kein Bedenken, Bergwerksactien oder

Digitized by Google

Actien des industriellen Etablissements in erheblichen Posten zu kaufen, obwohl beides bis zu einem gewissen Grade durchaus gleichbedeutend ist.

Die Anziehungskraft der Actien zeigt sich am drastischsten, wenn es sich nicht um eine Gewinngründung, sondern um eine Schuldengründung handelt. Einem verschuldeten Industriellen ist es im letzten Augenblick gelungen, sein Etablissement in eine Actiengesellschaft umzuwandeln. Unmittelbar vor der Gründung war das Unternehmen creditlos. Jedermann kannte die hohe Belastung und den schweren Kampf, den es um das Dasein führte. Kaum ist die Actiengesellschaft gebildet, so finden sich auch Kaufliebhaber für die Actien, ein Fall, den gewiß viele in ihrer nächsten Umgebung beobachtet haben.

Es ist zu Beginn des Paragraphen darauf hingewiesen worden, wie in gewissen Zeiten das Publicum den ersten Anstoß zu einer Gründungsepoche giebt. Viel wichtiger ist der Contact aller gesellschaftlichen Kreise, wie er durch die Börse hergestellt wird. In der That ist es unmöglich, über das Gründungswesen sich auszusprechen, ohne auf die Impulse hinzuweisen, die für jede Gestaltung des Wirthschaftslebens auch von der Börse ausgehen. Ich habe an anderer Stelle das Börsenwesen der Gegenwart geschildert, dort auch jene Stadien der Entmuthigung, des Schwindels, der Krisis dargestellt:[1]) „Die Entmuthigung ergreift zunächst die kleinen Besitzer und Speculanten. Ohne Maß und Ziel werfen diese unerfahrenen Leute ihre Waffen weg. Losschlagen um jeden Preis wird das allgemeine Loosungswort. Ein allgemeines „rette sich, wer kann" bemächtigt sich der Börse.

Was man gestern in den Himmel hob, wird heute zu Boden getreten und gesteinigt und als ob der Schiffbruch unvermeidlich wäre, alles über Bord geworfen, was man in Händen hat. Rasch verbreitet sich die deprimirte Stimmung auch über die Provinzen, unlimitirte Verkaufordres laufen in Masse ein, jede besonnene und ruhige Ueberlegung wird durch den Willen des Verkaufs verdrängt und jede Kaufofferte, wenngleich sie eine Herabsetzung um Procente beansprucht, wird acceptirt. Je stärker aber der Drang zum Verkauf sich entwickelt, desto zurückhaltender zeigen sich die Käufer. Eine solche Zeit der Entmuthigung ist ohne Zweifel noch schlimmer, als die Zeit des Schwindels. Es ist unmöglich, den Börsenlärm zu schildern, bei dem die Contremine zur Geltung und Macht kommt; ihre pessimistische Richtung prägt sich in ihren Operationen und Geschäften nicht weniger aus als in ihren Worten;

[1]) Dr. Hecht, Das Börsen- und Actienwesen der Gegenwart und die Reform des Actiengesellschaftsrechts. Mannheim 1874, S. 16 ff. Das Buch ist vergriffen, die Herstellung einer zweiten Auflage ist mir aber in absehbarer Zeit nicht möglich.

Digitized by Google

denn sie betrachtet ihre Käufer jederzeit als Opfer und bedauert — natürlich nur ostensibel — die vorgefaßte Meinung, die an dem dunklen Horizonte des Börsenverkehrs noch einige schimmernde Punkte zu sehen glaubt; für den Contremineur liegt alles so ungünstig wie nur möglich; er anticipirt in seinen Verkäufen einen weiteren Coursrückgang und wird er dabei durch die Operationen Anderer unterstützt, so wird die Baisse endemisch. Durchaus unbehaglich und drückend ist der Ton des Marktes, an dem die Baisse herrscht und Capital und Speculation sich fern halten. Mag der Börsenmann in einer Schwindelperiode für den unparteiischen Zuschauer wohl einem durch Opiumrausch in paradiesische Träumerei versunkenen Schwärmer gleichen, so erscheint er in einer solchen Zeit einem an Melancholie leidenden Manne ähnlich. An und für sich ist die Ausartung nach oben wie nach unten gleich bedauerlich, doch die Zeit, in der die Baisse ihre goldenen Tage feiert, macht einen unerfreulicheren Eindruck.

Zu diesen Zeiten allgemeiner Entmuthigung bilden die Schwindelperioden das Gegenstück. Es ist die Zeit des blinden Vertrauens, die träumende, handelnde, speculirende Welt kümmert sich nicht um die Besorgniß der erfahrenen Männer; sie will nicht tanzen und an die Möglichkeit einer Erkältung denken, sie will ihren Durst löschen und nicht daran gemahnt sein, daß der Wein den Kopf betäubt, sie will genießen und nicht den Mahner vor Augen haben. Dieses Raisonnement dient als Basis der Speculation. Flott und lustig werden darauf Schlösser gebaut. Die finanziellen Architekten mögen entscheiden, ob sie aus Stein, Holz oder ob sie Luftschlösser sind. Die Reclame-Hausse feiert ihre Blüthezeit. Die theuer bezahlten Börsenbulletins bringen ihre Früchte. Die Eintagsfliegen, die Speculanten von 24 Stunden oder höchstens bis Medio oder Ultimo erscheinen in Schaaren. Alle Mahnungen der unbestochenen Presse, alle Beispiele der Vergangenheit, die von Senioren der Börse beigebracht sind, werden überhört. Selbst eine entstehende Contremine scheucht nicht das Publicum zurück: das Papier ist einmal populär, das Publicum ist blind. In solchen Zeiten gleicht die Börse einem Garten, in dem Fußangeln und Fallstricke überall unter den Schritten des arglosen Spaziergängers verborgen liegen. Statt daß nun der Vorsichtige ihn gar nicht betritt, breitet sich das Speculationsfieber, das dieselbe Ansteckungsfähigkeit hat, wie religiöse oder politische Ueberschwenglichkeit, endemisch selbst bis in die untersten Kreise. Zahlreiche Unternehmungen werden geschaffen, aber nicht nur um ihrer selbst willen, sondern nur deshalb, um die Actien mit Agio unterzubringen und das Publicum selbst nimmt die Actien nur, um noch größeres Agio

Digitized by Google

einzustreichen. Tritt nun gar zu dieser blinden Speculation ein unglückseliger Optimismus, Mangel an Geschäftskenntniß und Verständniß der Ereignisse, so giebt es kein Maß für das hereinbrechende Unglück und keinen Halt gegen den sicher bevorstehenden Ruin. — Und es folgt früher oder später die Entnüchterung; eine Zeit, die dem Morgen nach einem wilden Ballfeste gleicht; Abspannung, Kopfschmerz und ein ganz ansehnlicher Katzenjammer, der sich besonders auf diejenigen Effecten ausdehnt, die am ausgelassensten waren. Bis dahin ging es bergauf, über Stock und Stein — neue Eisenbahnen, Banken, Bergwerke, Fabriken: jetzt folgt der Stillstand, man holt tief Athem und will sich ausruhen von der Ueberspannung der Glieder. Der allzu rasch genommenen Mahlzeit folgt eine schwere Verdauung. Die dunklen Punkte werden von ferne bemerkt. Vergeblich suchen die einen Rath, die der Stimme der Leidenschaft bis dahin gehorchten. Die Vorboten der Krisis sind da.

Bald bricht die Krisis selbst aus: furchtbare Aufregung bemächtigt sich der Gemüther. Im fieberhaften Paroxismus hämmert der Puls des Geldmarktes. Man rechnet nach Minuten. Die Kauflust schlägt ins Gegentheil um, noch bevor das Geschäft in den regelmäßigen Gang gekommen ist. Es entsteht wohl noch eine wilde Jagd und die Course werden rapide in die Höhe getrieben, dann fallen sie ebenso rasch und Ohnmacht und Händeringen entsteht bei dem Roulettespiel durchfliegender Passagiere, von denen Ehre, Credit und der ersparte Pfennig auf das Spiel gesetzt worden ist. Die Börse ist dann der Tummelplatz der verschiedensten Anmuthungen, fortwährend ist sie auf das Heftigste hin- und hergezerrt und inmitten dieses Chaos ist es unmöglich zu erkennen, was sie eigentlich will und wohin sie strebt. Jede Viertelstunde bringt eine neue Hoffnung, eine frische Befürchtung, eine verschiedene Bewegung. Speculation und Capital geben sich kaum mehr die Mühe, Gold vom Flitter zu unterscheiden. Es wäre ebenso leicht, die Farbe des Chamäleon zu bestimmen, die Figuren des Kaleidoskops zu stereotypiren, wie die Physiognomie des Geldmarkts zu schildern. Es ist ein fortwährender Farbenwechsel, eine ununterbrochene Veränderung der Tendenz, ein unaufhörliches Schwanken zwischen Hoffen und Fürchten, ein beständiger und heftiger Kampf zwischen Hausse, Baisse und Reprise. Und in solchen Zeiten kommen an der Börse, wie bei dem einzelnen Menschen, wenn er in den Entscheidungsstadien einer Krankheit sich befindet, alle Folgen früherer Sünden zum Vorschein. Unter der Last der Titel, welche die Tage der Agiotage und des Schwindels anhäuften, unterliegt der Markt. Er erliegt unter der Wucht finanzieller Sünden, die von unersättlichen

Digitized by Google

Unternehmern begangen worden sind. Er seufzt unter der Last der Speculation. Politik und Platzverhältnisse wirken dann zusammen, um den Markt aufs Tiefste zu erschüttern. Und je nachdem politische Besorgnisse und der natürliche Lauf des Markts oder Hoffnung und Kunstgriffe vorherrschen, variiren die Course der Staatsfonds und der Hauptspeculationspapiere. Gebüßt werden in solchen Zeiten insbesondere auch kosmopolitische Finanzsünden und internationaler Papierschwindel. Und fallen nun gar einzelne Finanzgrößen, fehlen der Menge die Leiter, dann verliert die Börse ihren Compaß völlig, sie fährt steuerlos dahin, heftig bald nach der einen, bald nach der anderen Seite geworfen, bedroht fortwährend von der Gefahr, an einer politischen oder finanziellen Klippe zu scheitern und zu sinken. Die Hunderte von ruinirten Familien, von den bescheidensten Ersparnissen bis hinauf zu den Finanzfürsten, deren Portefeuilles die Verluste nach Millionen zählen, streichen die Tage schwarz an. Man hört nur Klagen, man sieht nur Verzweifelte, Verkäufer, die sich anklagen, gedrückt zu haben, Baissiers, die bedauern, nicht mehr à la Baisse zu sein, Haussiers, die beklagen, ihre Position repartirt zu haben. Das künstliche Kartenhaus der Agiotage und des Creditschwindels bricht zusammen.

Und hat die Deroute einen gewissen Höhegrad erreicht, so tritt dann wohl ein augenblicklicher Stillstand ein. Es entwickelt sich wieder einige Kauflust. Bezeichnend lauten die Ordres, die einlaufen, sie lauten nicht unbedingt auf Kaufen oder unbedingt auf Verkaufen, sie lauten vielmehr „bei fallenden Coursen verkaufen", „bei steigenden kaufen". Nicht die Thatsachen und Consequenzen bestimmen den Kauf oder den Verkauf, sondern die herrschende Tendenz. Wie denn überhaupt die Masse der Speculanten sich selten Rechenschaft giebt über die Ursachen und die Tragweite einer Bewegung. Sie folgt derselben. Die Minorität der Börse, die mit wirklichen Größen rechnet, handelt nach einem entgegengesetzten Grundsatz: sie kauft, wenn alles fällt und verkauft, wenn alles steigt.

Allmählich klärt sich die Situation, das Dunkel schwindet, die Tage des unglückseligen Zweifels und Mißtrauens sind vorüber, die einen fügen sich in das Unvermeidliche, wenige Andere realisiren den Gewinn, dort sind Trümmerhaufen, hier Paläste entstanden, Alle aber sind physisch abgespannt und geistig matt, denn auf solche Zeiten sind gewöhnliche Börsengemüther nicht eingerichtet."

Will man über unsolide Gründungen urtheilen und aburtheilen, so hat man sich unzweifelhaft die Signatur der Zeiten zu vergegenwärtigen, in denen diese Gründungen entstanden sind und wiederum auch die Signatur der Zeit, in der sie zur Aburtheilung gelangen. Geld ist das

Digitized by Google

magische Wort, um die latenten Kräfte des Einzelnen an die Oberfläche treten zu lassen, um die Arbeitskraft und den Scharfsinn, die ganze Energie des Geistes und Charakters wachzurufen. Geld ist aber auch das verhängnißvolle Wort, um die Leidenschaften zu entfesseln, den Menschen seiner besseren Natur zu entäußern, die Schwächen und Erbärmlichkeiten wachzurufen.

§ 7.

Die Gründerbelastungen und Gründergewinne. Die Taxationen der eingelegten oder übernommenen Gegenstände. Das Princip der Rentabilität bei der Werthbemessung.

Aus den Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister gewinnt man einen besseren Einblick in die Gründergewinne. Bevor wir die Gründergewinne besprechen, sei darauf hingewiesen, daß namentlich in der neueren Zeit auch eigenthümliche Gründerbelastungen sich herausgebildet haben. So heißt es in einem mir vorliegenden Statut — und dasselbe findet sich mit geringen Variationen vielfach — (der bisherige Eigenthümer) garantirt dafür, daß während der ersten fünf Jahre das Actiencapital mit mindestens 6 pCt. verzinst wird. Etwa fehlende Beträge hat derselbe aus eigenen Mitteln in die Gesellschaft zur Ablieferung an die Actionäre auszuzahlen. Im Falle seines Todes ist die Verpflichtung auch von den Erben zu erfüllen. Sie erlischt jedoch vor Ablauf von fünf Jahren, sobald den Actionären eine Dividende von insgesammt 30 pCt. zugeflossen ist.

Die Finanzconsortien haben in solchen Stipulationen ein bewährtes Mittel für die Placirung der Actien gefunden. Für den „zu gründenden" Industriellen ist die Belastung meist nur eine scheinbare. Er berechnet zum Voraus die ungünstigen Chancen dieser Stipulation und erhöht entsprechend den Verkaufspreis seines Etablissements. Die Stipulation hat aber manches recht Bedenkliche. Man hat bei derartigen Fällen die Redaction der statutarischen Bestimmungen über die Dotirung der Reserven, die Vertheilung des Reingewinns, über die der Gewinnvertheilung vorausgehenden Abschreibungen sehr sorgfältig zu prüfen. Solche Belastungen des Vorbesitzers führen leicht dahin, daß die Abschreibung thunlichst eingeschränkt, die Reserven weniger dotirt werden, weil der an der Vertheilung einer Dividende von 6 pCt. und mehr interessirte Vorbesitzer hierauf drängt. In der That finde ich in dem Geschäftsbericht einer Actienbrauerei, in deren Statuten eine solche Belastung des Vorbesitzers enthalten war, die drastische Bemerkung: „bei unseren Vorschlägen zur Vertheilung des Reingewinns waren wir natür-

Digitized by Google

lich(!) an die Garantieverträge mit Herrn N. gebunden, ohne die wir eine Dividende von . . pCt., wie geschehen, keinesfalls in Aussicht genommen haben würden." Auch die Gründerbelastungen können also, wie das eine Beispiel zeigt, schließlich zur Schädigung der Actionäre führen. Im Gegensatz zu den Gründergewinnen haben sie die Eigenheit, sich recht sehr im Statut und in Prospecten bemerkbar zu machen. Sie suchen die Oeffentlichkeit, während der Gründergewinn gern im Verborgenen blüht. Aber je mehr sie die Oeffentlichkeit suchen, desto mißtrauischer prüfe man sie. In dem concreten Falle ergab sich im nächsten Jahre bei der Gesellschaft eine Unterbilanz und es entstand alsdann die Rechtsfrage, ob in der Garantie der Dividende auch die Garantie für die Intactheit des Actiencapitals enthalten sei, eine Frage, die hier nicht zur Erörterung steht.[1])

Aber auch abgesehen von der Kategorie der Gründerbelastungen kommen nicht überall Gründergewinne in Frage. Die Ursachen der Umwandlung eines Privatetablissements in eine Actiengesellschaft sind überaus verschiedenartig. Bei der sogenannten Familiengründung ist der Gründergewinn gegenstandslos. Bei einer Schuldengründung, wenn also wegen Geldverlegenheit die Umwandlung in eine Actiengesellschaft vor sich geht, tritt diese Frage vielfach in den Hintergrund. Anders bei der reinen Gewinngründung.

In früheren Zeiten pflegten die Gründer sich öfter ein Vorrecht auf den Bezug neuer Actien statutarisch zu sichern, und dies in mehr oder minder großem Umfang, für eine bestimmte Zeitdauer des Unternehmens oder unbegrenzt. Diese Stipulation ist durch die Actiennovelle als unzulässig beseitigt. Ueber die Frage, ob die statutarisch eingeräumten Vorrechte bei solchen Gesellschaften, die vor der Actiennovelle gegründet worden sind, zu Recht bestehen, hat das Reichsgericht mehrfach bejahend entschieden.[2]) Nach Lage der Sache wird diese Frage aber wohl noch öfter das Reichsgericht beschäftigen. Sollte dasselbe bei seiner Ansicht verbleiben, so wäre zu erwägen, ob nicht wenigstens die Möglichkeit einer Abfindung der Gründer durch die mit dem Vorrecht auf den Bezug neuer Actien belasteten Gesellschaften reichsgesetzlich zuerkannt werden müßte.

---

[1]) S. hierüber Dr. Hachenburg in Holdheim's Wochenschrift für Actienrecht, Probenummer S. 3.

[2]) E. d. R.G. in Civils. (2. Civilsenat) Bd. 27 S. 1 ff., Urtheil v. 8. Juli 1890, ferner Urtheil des 1. Civilsenats des R.G. v 23. Sept. 1891 (mitgeth. in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot und Küntzel 1892 S. 121 ff., auch in der Zeitschrift für das gesammte Actienwesen, herausg. v. Bauer 1891 S. 218).

Digitized by Google

S. übrigens auch Rießer in der Zeitschrift für das ges. Handelsr. Bd. 38 S. 114 ff. Dort wird die Frage verneint, daß die vor dem Actiengesetz von 1884 für den Fall einer Capitalerhöhung statutarisch eingeräumten Vorrechte auf den Bezug der neuen Actien zu einem im Voraus bestimmten Cours gültig seien.

Die Gründergewinne bestehen, soweit sie durch die Gründungsacten offenkundig werden, selbstverständlich nicht durchweg in sofort berechenbaren Summen. Es wäre interessant, wenn man eine statistische Uebersicht über die Vorbehalte erlangen könnte, die jemeils bei den Gründungen zu Gunsten der Gründer oder zu Gunsten Dritter gemacht werden. So ersehe ich aus dem Statut einer Schaumweinfabrik, daß zwei Gründer eine besondere Vergütung von 5 Pf. für jede Flasche Schaumwein sich vorbehalten haben, die von der Gesellschaft während 30 Jahren fabricirt wird, jedoch erst nach statutenmäßiger Dotirung des Reservefonds und nach einer fünfprocentigen Dividende. Eine dauernde Belastung gegründeter Gesellschaften entsteht auch durch die Ausgabe von Genußscheinen. Ich ersehe aus dem Statut einer Gesellschaft, und das ist auch sonst öfter in ähnlicher Weise geschehen, folgende Bestimmung: die ersten Zeichner der Actien erster Emission erhalten zu je zehn gezeichneten Actien zwölf auf den Namen lautende Genußscheine. Die Genußscheine, welche nicht am Gesellschaftsvermögen participiren und keinerlei Actionärrechte verleihen, berechtigen die Eigenthümer zum ratirlichen Bezug der Hälfte des allenfalls (nach Abrechnung der in § . . aufgeführten Betreffnisse) verbleibenden bilanzmäßigen Gewinnüberschusses, insoweit dieser Bezug 50 Mk. für den einzelnen Genußschein nicht übersteigt. Der Gesellschaft bleibt vorbehalten, aus ihren Gewinnüberschüssen — ohne dadurch den Gewinnantheil der Genußscheine zu beeinträchtigen — Genußscheine jederzeit mit 500 Mk. zu amortisiren bezw. zu verloosen. Der auf amortisirte Genußscheine entfallende Gewinnantheil ist zur weiteren Amortisation bezw. Verloosung von Genußscheinen zu verwenden.

Durch die Ausgabe solcher Genußscheine kann bis zu einem gewissen Grad dasselbe erreicht werden, wie durch das früher statutarisch eingeräumte Vorrecht auf den Bezug neuer Actien. Man wird daher dieser Form einer Belastung von Actiengesellschaften im Gründungsstadium einige Aufmerksamkeit zu widmen haben. Jedoch kann an dieser Stelle hierauf des Näheren nicht eingegangen werden. Für die Bildung eines definitiven Urtheils ist eine sorgfältige Prüfung zahlreicher Einzelfälle nothwendig.

Bei allen Finanzgründungen suchen seit dem Erlaß der Actiennovelle die Gründer vorzugsweise ihren nächsten Gewinn in dem Agio, mit dem

Digitized by Google

sie die Actien begeben. Dieser Gewinn kommt auch bei den qualificirten Gründungen im hervorragenden Maße in Betracht. Es ist erstaunlich, welches Agio bisweilen vom Publicum gezahlt worden ist, sobald nach Umwandlung eines notorisch gut rentirenden Privatunternehmens in eine Actiengesellschaft die Actien an den Markt gebracht wurden. Vielfach sind in der Zwischenzeit auf diese Weise ganz erhebliche Capitalverluste eingetreten. Die Thatsache ist für die Beurtheilung des Capitalistenpublicums sehr instructiv. Sie stimmt in Bezug auf „unsolide" Gründungen nahezu milde. Viele unsolide Gründungen scheuen das Tageslicht. Die Folge ist, daß die Actien an der Börse nicht notirt werden und sonach im größeren Kreise keinen Schaden anrichten. Aber man denke sich eine sogenannte solide Gründung; die Actien werden mit enormem Agio eingeführt, die weitesten Kreise des Capitalistenpublicums betheiligen sich. Der Coursrückgang, zuweilen von beträchtlicher Höhe, bleibt selten aus. Ich habe den Eindruck, als ob die auf diese Weise entstandenen, so zu sagen legalen Verluste höher sind, als alle die durch unsolide, d. h. civil- bezw. strafrechtlich verfolgbare Gründungen entstandenen Schädigungen.

Bei Erlaß der Actiennovelle hat man bezweifelt, daß die Gründer ihren Gründergewinn ganz offen declariren würden, oder daß das Publicum bei offen declarirtem Gewinn an dem Unternehmen sich betheiligen würde. Auch diese Ansicht hat sich als unrichtig erwiesen. Generell ist übrigens zu bemerken, daß einem allgemeinen volkswirthschaftlichen Gesetz entsprechend mit der Erschwerung der Gründungen und der Erhöhung der Verantwortlichkeit für den bei der Gründung in Betracht kommenden Personenkreis auch die Gründergewinne höher berechnet werden. Die Cautelen der Actiennovelle, und zwar leider sowohl die thatsächlichen wie die vermeintlichen, werden von den Actionären also ebenfalls bezahlt. Das Unternehmerrisico findet zu Lasten der Actionäre seinen ziffernmäßigen Ausdruck.

Bei den qualificirten Gründungen wird der Gewinn vielfach durch die Werthansätze der Einlagen hergestellt. — Es ist eine weit verbreitete Ansicht, daß es die Aufgabe der Gesetzgebung sei, in Hinsicht auf diese Werthansätze der Einlagen größere Cautelen für das Publicum zu schaffen. Je nachdem man zu dieser Frage Stellung nimmt, wird auch die Beurtheilung der in der Actiennovelle enthaltenen Cautelen verschieden ausfallen. Wir sind hier an dem Punkte angelangt, wo man sich über die der Gesetzgebung in wirthschaftlichen Fragen gezogenen Schranken klar werden muß. Die Erkenntniß dieser Schranken ist um so werthvoller, als damit gleichzeitig deutlich zu Tage tritt, welche Aufgabe dem

Digitized by Google

Publicum zufällt. Die Formulirung dieser Aufgabe des Publicums kann in die Worte zusammengefaßt werden: Das Publicum muß in Betreff der Werthansätze sein eigener Revisor sein.

Die Einlagen können in Patenten bestehen. Wer möchte den Werth solcher Patente bestimmen? Die unscheinbarsten Patente haben häufig enorme Gewinne, die scheinbar werthvollsten Patente öfter die größten Enttäuschungen gebracht. Die Gründer pflegen heut zu Tage in Rücksicht auf die Actiennovelle meist Taxationen von Sachverständigen ihren Vorlagen an den Registerrichter beizufügen. In einem concreten Falle handelte es sich um die Einlage von Thonlagern und Kohlenbergwerken. Eine Reihe von Taxationen war als Anlage zu den Grüundungsacten beigefügt, sämmtliche Taxationen waren von durchaus hervorragenden Sachverständigen angefertigt. Sie schwankten zwischen 10 bis 86 Millionen Mark. Von dem Eigenthümer selbst wurden sie auf ca. 6 Millionen gewerthet. In einem anderen Falle handelte es sich um eine Terrain-Actiengesellschaft. Der Eigenthümer dieser Terrains hatte sie in die Actiengesellschaft zu dem Preis eingeworfen, zu dem er sie in öffentlicher Versteigerung erworben hatte. Als es sich um die Cotirung dieser Actien handelte, wurde die Cotirung verweigert. Man hatte zufällig davon Kenntniß, daß der Betreffende vor der öffentlichen Versteigerung einen Theil der Hypothekenforderungen erheblich unter dem Nominalwerth erworben und die Forderungen in toto heraus geboten hatte. Auf Anfordern war er bereit, diese Thatsache in dem Prospect für die Cotirung hervorzuheben. Die Einführung kam dann gleichwohl aus anderen Gründen nicht zu Stande. Man sollte meinen, daß in diesem Fall das Publicum gewiß geschützt gewesen ist. Aber diese Terrains sind dann in ziemlich rascher Zeit mit außerordentlichem Nutzen verkauft worden, weit über den in der öffentlichen Versteigerung gebotenen Preis hinaus, und der Eigenthümer, der in Folge der verweigerten Cotirung im Besitz nahezu aller Actien geblieben war, hat nun allein diesen Nutzen gehabt, während er sich andernfalls auf einen größeren Kreis von Actionären vertheilt haben würde!

Bei dem soliden Privatindustriellen sind die Buchpreise seiner Immobilien, noch mehr seiner Mobilien, außerordentlich niedrig. Gerade dadurch wird er besonders concurrenzfähig. Wasserkräfte, Steinbrüche sind häufig gar nicht in Ansatz gebracht, oder doch zu verschwindenden Preisen. Die Grundstücke hat er vielleicht zu einer Zeit erworben, in der die Grundstückspreise namentlich da, wo er die Fabrik anlegte, noch sehr niedrig gewesen sind. Diese niedrigen Erwerbspreise hat er in seinen

Digitized by Google

Büchern beibehalten. Bei der Gründung kommen selbstverständlich diese Buchwerthe nicht in Betracht. Indessen der zur Zeit der Gründung maßgebende Immobiliarwerth läßt sich meist mit einiger Zuverlässigkeit constatiren, auch die Werthe der Mobilien lassen sich unter Berücksichtigung der Anschaffungspreise und der durch die Abnutzung hergestellten etwaigen Werthminderung oder der durch die Benutzung möglicher Weise auch hergestellten Wertherhöhung — auch dieser Fall ist bei gewissen Arten von Maschinen mir vorgekommen — zu ermitteln. Nun treten aber die incommensurablen Größen hinzu: der ideelle Werth des Geschäfts, der als solcher sich durchaus dazu eignet, bei einer Umwandlung bezahlt zu werden, der Werth der erworbenen Kundschaft, es handelt sich also hier nicht etwa um imaginäre Factoren, sondern um wirkliche Factoren, nur von anderem Sachwerth, als die Grundstücke, die Maschinen. Sie alle finden nun thatsächlich vielfach auf Immobilienconto ihren Ausdruck.

Und in das Alles spielt das Princip der Rentabilität als Grundlage der Werthbemessung für das ganze Etablissement wieder hinein. Aber die Rentabilität des bisherigen Privatetablissements ist kein zuverlässiger Factor für die künftige Rentabilität des neuen Actienunternehmens, das auf der Grundlage dieses Privatetablissements aufgebaut wird. Bei dem bisherigen Privatetablissement waren die Immobilien zu geringen Preisen angenommen, die oben erwähnten Steinbrüche, Wasserkräfte waren nicht berücksichtigt. Mit einem Male ändert sich die Steuerpflicht, die Verwaltungskosten vergrößern sich. Das Publicum ist vielfach der Meinung, daß die Umwandlung in eine Actiengesellschaft die Chancen der Rentabilität des bisherigen Privatunternehmens steigere. Recht häufig ist das Gegentheil der Fall. Das Publicum ist auch vielfach der Ansicht, daß die Actionsfähigkeit und die Thatkraft einer Actiengesellschaft größer sei, als die des Privatindustriellen, und auch dies beruht vielfach auf einem Irrthum. Selbst wenn man die Bilanzen des Privatetablissements auf mehrere Jahre rückwärts mit in Betracht zieht, kann doch die Werthbemessung unrichtig sein. Jeder Abschluß ist etwas Individuelles.

Dieselbe Bilanz, also unter Zugrundelegung derselben Ziffern, von verschiedenen Personen aufgemacht, kann ein durchaus anderes Bild geben. Der eine schreibt z. B. die im Laufe des Jahres entstandenen Neubaukosten ab, der andere glaubt sie nur theilweise dem Jahr belasten zu sollen u. s. w. Und nun denke man sich die Taxatoren allen diesen Fragen gegenüber stehen. Und dazu denke man sich noch den vornehmen Privatindustriellen, der gar nicht „gegründet" sein will, den man aber

Digitized by Google

„gründen" möchte, seine Fabrikate beherrschen den Markt, die Haussecon-junctur scheint unbegrenzt, die Gründerconsortien überbieten sich. Endlich läßt er sich herbei, lediglich einmal aus „Neugierde" sein Etablissement von den Taxatoren des Consortiums taxiren zu lassen. Man einigt sich schließlich. Dieser Fall ist typisch. Bei ihnen liegt eine absolut nicht bestimmbare Quote des Gründergewinnes in den Preisen, zu denen die Fabrik übernommen worden ist, die andere Quote in dem Agio der Actien. An dem letzteren participiren die Finanziers.

Wir wissen schon bei den Hypothekenbanken von Taxationen manches zu erzählen. Einer der schönsten zufällig actenmäßig zu meiner Kenntniß gelangten Fälle ist der, daß ein Hypothekengläubiger an einem Object, das mit 50 000 Mk. ursprünglich beliehen war, 120 000 Mk. verlor. Zu erzählen, wie dieses Problem gelöst worden ist, verbietet mir die Discretion. Aber die Taxationen einer Hypothekenbank stehen im gewissen Sinne im stricten Gegensatz zu den Gründungstaxationen. Die Taxationen einer Hypothekenbank sollen davor bewahren, daß man in die Lage komme, die Objecte erwerben zu müssen, die Gründungstaxationen bereiten den Erwerb direct vor. Die Taxationen einer Hypothekenbank sollen also naturgemäß außerordentlich ängstlich aufgestellt werden, sie erwägen die in der Zukunft möglicher Weise eintretenden ungünstigen Chancen der Immobilienpreise, sie beschränken sich auch für die Regel auf die Taxation der Immobilien. Die Gründungstaxationen, namentlich während einer Gründungszeit, stellen diese Erwägungen weniger an, und sie haben die Aufgabe, den Werth eines Etablissements als Ganzes, mit allen seinen incommensurablen Werthen, ziffermäßig festzustellen. Und mit welchen schwierigen Erwägungen haben wir trotz der relativ einfacheren Aufgabe bei den zur Vorlage gelangenden Taxationen in einer Hypothekenbank uns zu befassen? Sollten wir lediglich auf Grund der Taxationen unserer besten Sachverständigen unsere Darlehnsoperationen ausführen, so würden wir häufig in unangenehme Situationen gerathen. Seitdem es Bodencreditinstitute giebt, ist man mit dem Problem der Findung richtiger Schätzungen beschäftigt. Auf die bezüglichen Vorschläge kann hier des Näheren nicht eingegangen werden. Bisher hat sich immer noch als das Beste bewährt, daß die Leitungen der Institute recht sehr die Augen aufthun, nicht schablonenhaft verfahren, sondern die für jedes Gesuch in Betracht kommenden individuellen Momente erwägen. Es hat sich auch herausgestellt, daß diejenigen Schätzungen die relativ zuverlässigsten sind, die von Taxatoren angefertigt werden, welche seitens der Bank sorgfältig ausgewählt und instruirt sind. Diese Schätzungen sind den behördlichen Schätzungen, wie sie in einzelnen Staaten bezw. Staats-

Digitized by Google

theilen bestehen, im Großen und Ganzen vorzuziehen. Auch hier bewährt sich das Princip der Selbsthülfe und Selbstthätigkeit.

Angesichts aller dieser Thatsachen ist es unverständlich, wie in weiten Kreisen der Gedanke ventilirt werden kann, daß die Gesetzgebung in irgend einer Weise Fürsorge für richtige Taxationen der zur Einlage in eine Actiengesellschaft bestimmten Objecte treffen möge. Je schärfer dieser Gedanke durch das Gesetz perhorrescirt wird, desto mehr handelt das Gesetz im wohlverstandenen Interesse des Publicums. Ebenso weise, wie es für den einzelnen Menschen ist, wenn er die Grenzen seiner Kraft richtig erkennt, ist es auch für den Gesetzgeber, wenn er die durch die Natur der Sache gezogenen gesetzgeberischen Grenzen richtig bemißt. Die Actiennovelle war sich dieser Grenze im Wesentlichen bewußt. Sie macht keinerlei Vorschriften, nach welchen Grundsätzen die Höhe der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge zu eruiren ist. Sie bestimmt nur durchaus correct vor Allem, daß die Actionäre, die andere als durch Baarzahlung zu leistende Einlagen machen, als Gründer der Gesellschaft gelten (Art. 209 c). Sie bestimmt ferner, für den Fall, daß auf das Grundcapital von Actionären Einlagen, die nicht durch Baarzahlung zu leisten sind, gemacht oder seitens der zu errichtenden Gesellschaft vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensstücke übernommen werden, daß die Person des Actionärs oder des Contrahenten, der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Actien oder die für den übernommenen Gegenstand zu gewährende Vergütung in dem Gesellschaftsvertrag festgesetzt wird (Art. 209 b).

Mir scheint, daß die präcise Feststellung des Gründerbegriffs, auch in seiner besonderen Anwendung auf qualificirte Gründungen, im Großen und Ganzen gelungen ist. Nun sind freilich in einzelnen Fällen minderjährige Kinder als Gründer mit aufgeführt worden. Wo dies geschieht, würde — und dies wäre durch Gesetz zu bestimmen — für jedes einzelne Kind eine volljährige Person die civil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit mit übernehmen müssen. Es müßten also mindestens fünf [1]) civil- und strafrechtliche Personen als Gründer fungiren.

Die Ausdehnung des Princips der Oeffentlichkeit ist durch die Vorschrift des Art. 209 b wesentlich gefördert. Jeder für einzelne Actionäre entstehende Vortheil findet allerdings in dem Gesellschaftsvertrag nicht

[1]) Es ist mehrfach beanstandet worden, daß fünf Personen als Gründer fungiren müssen. Es werde dadurch der Anreiz zur Heranziehung von Strohmännern, namentlich bei Familiengründungen, gegeben. Auf diesen immerhin mehr untergeordneten Punkt soll hier nicht eingegangen werden.

Digitized by Google

seinen Ausdruck, wie dies oben dargelegt worden ist. Der Art. 209b sagt aber auch nur, daß jeder zu Gunsten einzelner Actionäre bedungene besondere Vortheil in dem Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden muß, geleitet von der Ueberzeugung, daß diejenigen Vortheile, die eben in der Thatsache der Einlage oder in der thatsächlichen Uebernahme vorhandener oder herzustellender Anlagen oder sonstiger Vermögensstücke zu einem bestimmten vereinbarten Preis gegeben sind, in dem Gesellschaftsvertrag ihren Ausdruck nicht finden können, bezw. daß keine gesetzgeberische Möglichkeit dafür besteht, die Veröffentlichung dieser Vortheile zu erzwingen.

§ 8.

Der Gründerbericht. Bericht des Vorstands und Aufsichtsraths. Die Revisoren. Der Registerrichter.

Die Actiennovelle legt in Art. 209g den Gründern die Verpflichtung auf, im Falle des Art. 209b in einer Erklärung die Umstände darzulegen, mit Rücksicht auf welche ihnen die Höhe der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge gerechtfertigt erscheint. Die Erklärung ist in den Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister enthalten. Sie ist zuweilen sehr ausführlich, zuweilen mit laconischer Kürze gegeben. Die Gründer entledigen sich vielfach der ihnen durch diesen Artikel erwachsenden Verantwortlichkeit durch die Anfügung von Taxationen, über deren Werth im Obigen das Nähere bereits gesagt ist. Wichtiger als diese Erklärung ist die Verpflichtung, die dem Erwerb der Gesellschaft vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, welche auf denselben hingezielt haben, sowie die früheren Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten zwei Jahren anzugeben. Wenn die Gründer die Umstände darlegen, mit Rücksicht auf welche ihnen die Höhe der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge gerechtfertigt erscheint, so handelt es sich hierbei um eine subjective Meinungsäußerung der nächsten Interessenten. Bei der Angabe der dem Erwerb der Gesellschaft vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, welche auf diesen Erwerb hinzielten, sowie der früheren Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten zwei Jahren handelt es sich um die Darlegung objectiver Thatsachen, die einer scharfen Nachprüfung auch nach Jahren unterworfen werden können. In Erwägung könnte gezogen werden, den Zeitraum von 2 Jahren auf 3 Jahre zu erstrecken, und ferner ist zu erwägen, daß bei der Veröffentlichung des Eintrags im Handelsregister auch auf die aus den Acten ersichtlichen dem Erwerb der Gesellschaft vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, welche auf denselben hingezielt haben, sowie auf die früheren

Digitized by Google

Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten 2 (bezw. 3) Jahren hingewiesen werde. In dieser Hinsicht wäre sonach der Art. 210c zu erweitern.

Nach Art. 209h haben die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths den Hergang der Gründung zu prüfen. Die Prüfung hat sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken, die rücksichtlich der Zeit der Zeichnung und Einzahlung des Grundcapitals und der im Art. 209b vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern insbesondere in der in Art. 209g vorgeschriebenen Erklärung, gemacht sind. Auch dieser Bericht ist schriftlich zu erstatten. Für die Regel schließt er sich dem Gründerbericht an. Beide Berichte werden von den Betheiligten gewöhnlich einheitlich redigirt.

Wenn Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths zugleich Gründer sind oder der Gesellschaft ein Vermögensstück überlassen oder sich einen besonderen Vortheil ausbedingen, so muß außer dem Gründerbericht, dem Bericht des Vorstandes und des Aufsichtsrath noch ein weiterer Bericht durch Revisoren erstattet werden. Diese Revisoren werden von dem für die Vertretung des Handelsstandes berufenen Organ und in Ermangelung eines solchen durch den Vorstand und Aufsichtsrath bestellt. Art. 209h Abs. 1. Auch diese Prüfung hat sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken, die rücksichtlich der Zeichnung und Einzahlung des Grundcapitals und der im Art. 209b vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern insbesondere in der im Art. 209g vorgeschriebenen Erklärung gemacht sind. Der Bericht der Revisoren hat also ebenfalls ganz wie der Gründerbericht die Umstände darzulegen, mit Rücksicht auf welche ihnen die Höhe der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Beträge gerechtfertigt erscheint.

Diese Bestimmung der Actiennovelle ist Gegenstand vielfacher Erörterung geworden und bedarf einer eingehenden Besprechung.

Bekanntlich ist die Bestimmung nicht im ursprünglichen Entwurf enthalten. Der Art. 209f Abs. 1 des Entwurfes lautete: die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths haben den Hergang der Gründung zu prüfen. Zu dem Behuf müssen für Mitglieder, welche zugleich Gründer sind, oder im Falle des Art. 209b ein Vermögensstück eingelegt oder überlassen oder sich einen besonderen Vortheil ausbedungen haben, Stellvertreter bestellt werden.

Die jetzige Fassung beruht auf den Beschlüssen der Commission und ist in dem Commissionsbericht des Näheren begründet. Man mag gegen die Stellvertretung vieles mit Recht einwenden, jedenfalls ist aber das

Digitized by Google

System des Entwurfs consequenter gewesen als das des Gesetzes. Das Gesetz hat ein neues Element in die Construction des Entwurfs hineingetragen und wie das bei dem Amendement von Gesetzentwürfen häufig geht, ist dieses neue Element den Grundgedanken des Entwurfs nicht ganz homogen. Mußte man zugeben, daß der Gedanke der Stellvertretung so wie er im ursprünglichen Artikel 209f formulirt war, keine geeignete Lösung der bezüglichen Frage enthalte, so konnte man rückschließend zur principiellen Erwägung gelangen, ob nach Lage der Sache und der im Gründungsstadium öfter unvermeidlichen Personencollision nicht etwa auch der Gründerbericht und der Bericht des Vorstands und Aufsichtsraths besser in Wegfall komme. Der Entwurf entlastet den Registerrichter und belastet die Parteien. Durch die Amendements zu dem Entwurf ist diese überaus logische Construction durchbrochen. Das in Function tretende neue Element ist „das für die Vertretung des Handelsstands berufene Organ" und das zwischen die Parteierklärungen sich einschiebende neue Element ist der Revisionsbericht.

Aus den Beilegeacten zum Gesellschaftsregister habe ich ersehen, daß man bei einzelnen heiklen Gründungen zur Vermeidung dieses Revisionsberichts die Rollen der bei einer Gründung mitwirkenden Personen geschickt vertheilt. Die Gründer, ohnehin allmächtig, weil sie im Besitz nahezu des ganzen Actiencapitals sind, schieben einige Strohmänner als Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsraths vor und treten zunächst selbst nicht in den Vorstand oder Aufsichtsrath ein. Die Aufstellung solcher Strohmänner ist noch dadurch erleichtert, daß die Mitglieder des Aufsichtsraths nach der Actiennovelle nicht aus dem Kreise der Actionäre entnommen werden müssen. Diese „Cautel" der Actiennovelle wird im Kreise der gewerbsmäßigen Gründer als eine Erleichterung für das Gründungsstadium aufgefaßt!

Oefter versuchte man, und wohl nicht ohne Erfolg, die Institution der Revision zur Reclame zu verwerthen. Die Organe des Handelsstandes sind von der ihnen zugewiesenen Function nicht erbaut. Viele Handelskammern erkannten, daß hier ein Ansatz zu einer besonderen Art des Concessionssystems gegeben sei, dessen Odium jedoch vom Staat auf die Organe des Handelsstands abgelenkt ist. Man stellte sich daher auf den ganz formalen Standpunkt, auf Anfordern die Revisoren zu bezeichnen, verwies die Revisoren im Uebrigen auf die aus dem Art. 209h in Verbindung mit Art. 209g ihnen obliegende Pflicht und lehnte selbst die Entgegennahme des Revisionsberichts, wenn auch nur zur Einsicht, ab. In größeren Städten stellte man eine Liste solcher Persönlichkeiten auf, die sich zur Abgabe von Revisionsberichten principiell bereit er-

Digitized by Google

klärten. Man berücksichtigte dabei die verschiedenen Branchen des Erwerbslebens. Die Abgabe von Revisionsberichten ist für Manche eine neue Einkommensquelle geworden. Damit ist der Kreis der Persönlichkeiten doch immerhin mehr oder minder bezeichnet, aus dem die Revisoren in einzelnen Städten hervorgehen. Aber jede Institution ist genau so viel werth wie die Personen, die sie repräsentiren. Daß die intelligentesten und einflußreichsten Mitglieder einer Handelskammer oder des Handelsstandes zur regelmäßigen Uebernahme der Function der Revisoren sich bereit finden lassen, ist für Gründungscentren ausgeschlossen. Bei Erlaß des Gesetzes mögen Manche gedacht haben, daß die Handelskammern für die Revisionen ihre besten Kräfte zur Verfügung stellen werden und daß so das Urtheil der maßgebendsten Mitglieder der Corporation sich ergeben würde. Thatsächlich ist es vielerorts anders.

Andere Handelskammern haben den ganz formalen Standpunkt nicht festgehalten. In einem concreten Fall gaben die Revisoren der betreffenden Handelskammer ein Duplicat ihres Berichts. Die Gründer wurden hiergegen bei Gericht vorstellig. Sie verlangten, daß die Revisoren beziehungsweise die Handelskammer zur Rückgabe ihres Duplicats beziehungsweise zur Vorlage derselben an das Gericht veranlaßt würden. Das Amtsgericht machte — m. Er. mit Unrecht — entsprechende Auflage. Die Revisoren gaben der Handelskammer hiervon Kenntniß und diese überschickte das Duplicat an das Amtsgericht mit der Erklärung, daß sie Copie zu ihren Acten genommen habe. Eine andere Handelskammer ging in einem concreten Fall von der Ansicht aus, daß die sämmtlichen seitens der Gründer gemachten Angaben auf ihre Richtigkeit von ihr zu prüfen seien. Diese von der Kammer vertretene Ansicht hat den Protest der Gründer hervorgerufen, die behaupteten, es sei dies nicht Aufgabe der Kammer. Die Aufgabe bestehe vielmehr darin, die formelle Seite der Gründung, die Uebereinstimmung der Gründungsacte mit den Bestimmungen des Actiengesetzes zu prüfen. Die Gründer behaupteten beispielsweise, es sei lediglich erforderlich zu prüfen, ob überhaupt eine Erklärung nach Art. 209g vorliege, dagegen nicht, ob die in derselben enthaltenen Angaben richtig seien. Auch unter den Revisoren selbst vertreten Viele den rein formellen Standpunkt. Sie erblicken ihre Aufgabe darin, zu prüfen, ob die Gegenstände, die angeblich eingeworfen oder übernommen wurden, so wie sie beschrieben sind, auch wirklich existiren. Sie nehmen an, daß von ihnen ein selbständiges Urtheil über Werthe nicht abzugeben sei, ja nicht einmal ihnen zustehe. Man kann nicht behaupten, daß diese Auffassung der Aufgabe die Revision stets illusorisch mache. Beispielsweise fand ein Revisor bei einer Terrain-

Digitized by Google

gesellschaft, daß 1200 qm weniger inferirt waren als nach den Gründerangaben inferirt werden sollten. Ein anderer Revisor fand, daß ein Anwesen, von dem behauptet wurde, es sei schuldenfrei, nicht schuldenfrei war. Diese Thatsachen ließen sich auch vom formellen Standpunkt aus eruiren.

Nach dem Erlaß des Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 sind Genossenschaften in Actiengesellschaften umgewandelt worden und einzelne solcher Gesellschaften sind in der Zwischenzeit zu Grunde gegangen. Die Acten sind mir bisher nicht zugänglich gewesen. Es scheint aber, daß eine der Gesellschaften schon im Moment der Umwandlung insolvent war. Bei einer Revision der Gründungsbilanz hätte vielleicht auch bei einer nur formellen Revision dies entdeckt werden können. Ob im concreten Fall überhaupt Revisoren zu einer Mitwirkung bei der Umwandlung berufen waren, hängt von den Modalitäten ab, unter denen die Umwandlung vollzogen worden ist.

Andere Revisoren sind Gegner dieses formalen Standpunkts. Sie sind so weit gegangen, ein förmliches Inventar der einzuwerfenden Gegenstände aufzunehmen und eine Art von vormundschaftlicher Taxation zu entwerfen. Und zwischen diesen beiden Extremen sind alle Uebergangsstufen vertreten. Daß hierbei Collisionen mit den Interessenten vorkommen, ist selbstverständlich. Einem Revisor wurde der Eintritt in ein Bergwerk verweigert, um dessen Gründung es sich handelte. Eine Bank erwarb zwecks Gründung ein Patent und die Licenzen. Sie weigerte sich, die Licenzverträge den Revisoren vorzulegen, weil sie Indiscretionen befürchtete. Die Revisoren erwähnten dies in dem Revisionsbericht. Die Eintragung erfolgte gleichwohl. Viele Revisoren enthalten sich principiell einer Meinungsäußerung über die Werthschätzung der eingelegten oder übernommenen Gegenstände. Andere treten gerade dieser Frage mit Vorliebe nahe. Namentlich in Bezug auf diesen Punkt gehen die Ansichten auseinander, zumal wenn die Taxen gerichtlicher Sachverständigen von den Gründern in Vorlage gebracht werden.

Thatsache aber bleibt immer, daß durch die Revisoren Mißstände öfter aufgedeckt, auch schwindelhafte Gründungen verhütet worden sind. In einzelnen Fällen haben die Interessenten in Folge der Revisionsberichte ihren Gründergewinn aufgegeben oder wesentlich reducirt. Von solchen Acten habe ich Einsicht genommen.

Aber ebenso wie die Revisoren den Prüfungsvorgängen gegenüber bald den mehr formalen, bald den materiell prüfenden Standpunkt einnehmen, so verhalten sich auch wiederum die Registerrichter zu den Revisionsberichten. Für viele Registerrichter ist der Revisionsbericht ein

Digitized by Google

Monolog. Sie erachten es für ihre Pflicht, zu prüfen, ob der Revisor rite ernannt worden ist und sein Gutachten abgegeben hat. Gewiß ist für den einen und anderen Standpunkt genau so wie bei dem Revisor das Temperament des Richters nicht ohne Einfluß, aber principielle Erwägungen kommen dabei doch auch in Betracht. Mancher Registerrichter mag auch die Befürchtung hegen, daß für ihn oder die Finanzverwaltung des Staates der Schimmer einer Verantwortlichkeit mit in Frage stehen könne.

Man denke sich nun einen Revisionsbericht, abgegeben von jenem rein formalen, oben charakterisirten Standpunkt in der Hand eines auf dem rein formalen Standpunkt stehenden Registerrichters.

Andere Registerrichter sagen: das Gesetz spricht von Revisoren. Die Bescheinigung, daß eine Sache da sei, ist keine Revision. Der Registerrichter hat zwar eine formale Thätigkeit, aber er hat auch die Pflicht zu sehen, ob der Zweck des Gesetzes erfüllt ist. Hieraus ergiebt sich gegenüber einem Revisionsbericht eine durchaus andere Stellung des Registerrichters. Und nun denke man sich ein Gründungsconsortium gegenüber einem Revisor, der den formalen Revisionsstandpunkt gradezu perhorrescirt, seine durch das Gesetz ihm gegebenen Befugnisse extensiv interpretirt und ihm zur Seite einen Registerrichter, der gleichfalls die rein formale Auffassung für unrichtig hält.

Man ersieht aus dem Gesagten recht deutlich, wie durchaus gleichartig geeigenschaftete Gründungen bei dem einen Registerrichter anstandlos zur Eintragung gelangen, bei dem anderen energisch zurückgewiesen werden können.

So haben sich in der Praxis bei dem Institut der Revisoren nach allen Richtungen hin Zweifel ergeben. Durchaus richtig scheint mir die Auffassung zu sein, die von einer der angesehensten localen Vertretungen des Handelsstandes so formulirt worden ist: „Nach unserer Auffassung des Art. 209h kommt das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ nicht in die Lage, den Bericht der Revisoren zu kritisiren und den Revisoren vorzuschreiben, was sie als Aufgabe der Revision ansehen. Die ernannten Revisoren treten lediglich in dieselben Functionen, welche den nach Art. 209h durch das Gesetz in erster Reihe zur Prüfung des Gründungshergangs berufenen Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsraths zugewiesen sind für den Fall, daß letztere durch die im Gesetz hervorgehobenen Umstände vor endgiltiger Erledigung der Prüfungsarbeit ausgeschlossen sind. Sie unterscheiden sich also von dem den Gründungshergang prüfenden Vorstand und Aufsichtsrath nur durch die Art der Bestallung, nicht aber durch den Umfang der Pflichten. Vor-

Digitized by Google

stand und Aufsichtsrath einerseits, die Revisoren anderseits haben sich bezüglich ihrer Pflichten gleichmäßig nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, insbesondere nach dem Abs. 2 Art. 209 h zu richten. Nach Art. 210 Z. 3 ist der Revisionsbericht, gleichviel ob er vom Vorstand und Aufsichtsrath oder von ernannten Revisoren erstattet wird, dem Handelsgericht vorzulegen und das Handelsgericht veröffentlicht Namen, Stand und Wohnort der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths sowie der Revisoren. Es ist aber nirgends angeordnet, daß dieser Veröffentlichung eine Vorprüfung des von gesetzlich berufenen oder speciell ernannten Revisoren erstatteten Berichts durch den Handelsvorstand vorangehen soll. Auf dieser gesetzlichen Grundlage fußend haben wir die Praxis befolgt, die Revisoren anzuweisen, daß sie ihren Bericht nicht an das Collegium einreichen, vielmehr direct der zu gründenden Gesellschaft behufs Beifügung zu dem Antrag auf registerliche Eintragung. Das Collegium hält sich nicht für befugt, eine Kritik über den Bericht der Revisoren auszuüben und es will auch den Schein vermeiden, als sei der Bericht der Revisoren von dem Collegium geprüft und gebilligt und als übernehme das Collegium für den Inhalt des Revisionsberichts irgend eine auch nur moralische Verantwortlichkeit. Der Handelsstand hat kein weitergehendes Recht als das der Bestallung der Revisoren."

Was aber die Verpflichtung der Revisoren betrifft, so muß man es dem vernünftigen Ermessen der Revisoren für den Einzelfall überlassen, inwieweit sie ein Eindringen in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben des Gründerberichts für geboten halten. Sie sind keineswegs veranlaßt, sich damit zu begnügen, lediglich das Vorhandensein eines Gründerberichts zu constatiren. Die Revision, wenn sie überhaupt einen Zweck haben soll, muß möglichst peinlich und kritisch sein. Revisoren sind aber nicht Taxatoren. Es ist ihnen jedoch nicht das Recht entzogen, wenn sie Bedenken gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben haben, daraus Consequenzen zu ziehen und die Taxe zu bemängeln.

Und was die Function des Registerrichters betrifft, so ist die Behandlung der Revisionsberichte als Monologe nicht gerechtfertigt. Bestimmte Normen seines Verhaltens werden sich aber nicht aufstellen lassen. Es ist großer Werth darauf zu legen, daß die besten jüngeren Kräfte des Richterstandes als Registerrichter Verwendung finden. Auf die richtige Auswahl der Registerrichter für die größeren Handelsstädte kann nicht genug Gewicht gelegt werden. Das Verhalten des Registerrichters übt eine Rückwirkung auf die Berichte der Revisoren. Ein sorg-

Digitized by Google

fältig gearbeiteter Revisionsbericht kann nicht nur in Betreff der Eintragung der Gesellschaft ins Gesellschaftsregister, der späteren Verantwortlichkeit der Gründer, des Vorstands und Aufsichtsraths von Bedeutung sein, sondern auch für die Sachverständigen-Commission der Börse, sofern die Cotirung der Actien und Obligationen eines Unternehmens beantragt wird.

§ 9.

Die Stellung der Handelskammern zur Frage der Revision bei der Gründung von Actiengesellschaften.

Eine größere Anzahl deutscher Handelskammern hat mit dem Institut der Revisoren in seinem derzeitigen Bestand und mit der Frage der Umgestaltung sich eingehend beschäftigt. Die Anregung ging von der Handelskammer in Göttingen aus. Am 5. Februar 1890 wendete sich die Kammer mit einer Eingabe an den Reichskanzler, worin sie Folgendes ausführte:[1]) . . . . Es erschien dem Gesetzentwurf als eine Hauptaufgabe, zu verhüten, daß das actienkaufende Publicum dadurch geschädigt werde, daß die Gründer der Gesellschaft durch Einbringung von Vermögensobjecten zu Preisen, die deren Werth weit übersteigen, ungerechtfertigte Gründergewinne erzielten. War das Gesetz auch nicht im Stande zu hindern, daß die Gründer die von ihnen erworbenen Vermögensgegenstände zu höheren wie ihren Erwerbspreisen in die Gesellschaft eingaben da es sich dabei um der freien Vereinbarung unterliegende Rechtsgeschäfte handelt, so sollte doch, soweit möglich, bewirkt werden, öffentlich klar zu stellen, was als wahrer Werth der Gegenstände, und was als erzielter Gründergewinn anzusehen sei.

Aus diesen gesetzgeberischen Erwägungen sind die Art. 209 g und 209 h des Gesetzes entstanden.

In denselben sind jedoch die Bestimmungen des Entwurfes in einem wesentlichen Punkte geändert.

Der Art. 209 f des Entwurfes (209 h des Gesetzes) schrieb vor, daß die Prüfung der Gründung durch die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths sich darauf zu erstrecken habe,

> ob die Höhe der für eingelegte oder übernommene Gegenstände gewährten Beträge durch die Verhältnisse gerechtfertigt erscheine.

Die Prüfung hatte danach sich auf eine Abschätzung des Werthes der eingebrachten Vermögensobjecte zu erstrecken.

---

[1]) Siehe Jahresbericht der Handelskammer zu Göttingen für das Jahr 1889 S. 7 ff.

Digitized by Google

Dieser Zusatz ist von der Reichstagscommission gestrichen, von derselben aber die Aufnahme des ersten Satzes des Abs. 1 des § 209h in das Gesetz gebracht, wonach eine weitere Revision durch besondere von den Handelskammern zu ernennende Revisoren stattfinden muß, ohne aber solchen Revisoren weitergehende Befugnisse einzuräumen.

Diese Revisoren sind danach nicht befugt, ein Urtheil über die Werthe der übernommenen Vermögensobjecte abzugeben.

Sie haben sich vielmehr nur auf die ihnen nach Abs. 2 des Gesetzesparagraphen vorgeschriebene Prüfung zu beschränken.

Während aber Inhalts der Motive zu dem gedachten Gesetzentwurf, § 9 Nr. 7 zu Anfang, in Aussicht genommen war, eine Erweiterung der Veröffentlichung durch das Handelsgericht vorzunehmen, da, wie es wörtlich heißt, „dieselbe vorzugsweise bestimmt ist, dem Publicum nicht bloß eine Auskunft über die juristischen Essentialien des Gesellschaftsvertrages, sondern auch über alle zur Beurtheilung des Wesens und der Solidität der Gesellschaft wichtigen Momente zu geben", findet bezüglich des Berichtes der Revisoren der Handelskammer sich im Art. 210c des Gesetzes nur die Bestimmung, daß die Namen der Revisoren mit zu veröffentlichen sind.

Ueber die hier dargelegte Auffassung der fraglichen Gesetzesparagraphen besteht kaum ein Zweifel. Die Auffassung, daß die Revisoren nicht befugt sind, in eine Taxation der eingebrachten Werthe einzutreten, hat auch das hiesige Königliche Landgericht unlängst in einem bezüglich einer Beschwerde erlassenen Bescheid vom 20. Januar d. J. bestätigt.

Wie sich danach gegenwärtig die Revision gestaltet, wolle Ew. Durchlaucht an einem uns vorliegenden praktischen Fall darzulegen uns gestatten.

Im November v. J. erging an unsere Kammer der Antrag, für die Gründung der Actiengesellschaft M. in M. Revisoren zu ernennen. Ernannt wurden 2 Mitglieder unserer Kammer von bekannten und angesehenen Namen.

Dieselben stellten durch genaue Prüfung der ihnen vorgelegten Contracte und Bücher fest, daß bei der Gründung der Gesellschaft, die nur mit 500 000 ℳ Grundcapital fundirt war, ein Gründergewinn von ca. 203 000 ℳ erzielt wurde.

Diese Thatsache wurde dem zuständigen Amtsgerichte in einem eingehenden Revisionsberichte unterbreitet.

In der öffentlichen Bekanntmachung des Amtsgerichtes fand sich nun — allerdings conform den gesetzlichen Bestimmungen — außer den

Digitized by Google

üblichen Angaben über Grundcapital, Personen des Vorstandes und Aufsichtsrathes u. s. w. am Schluß nur die Bemerknng:

Als Revisoren haben fungirt N. N und N. N.

Die desfallsigen Actien werden jetzt von den Gründern mit 120 % an den Markt gebracht!

In Folge dieses Resultates der Revision haben die beiden Mitglieder unserer Kammer derselben erklärt, daß sie künftighin keine Revisionen mehr übernehmen würden, weil sie nicht wünschen, daß die Veröffentlichung ihrer Namen zur Täuschung des Publicums diene.

Wir können eine solche Weigerung, welche bei andern Kammern ebenfalls mehrfach vorgekommen ist, und welche es ihnen für die Zukunft unmöglich machen wird, geeignete Revisoren zu finden, nur für durchaus gerechtfertigt halten.

Es ist eine von uns vielfach festgestellte und in unserer letzten Plenarversammlung übereinstimmend anerkannte Thatsache, daß bei dem Actien kaufenden Publicum die Meinung verbreitet ist, die Gefahr, unsolide Papiere zu erhalten, sei nicht mehr so groß, wie unter der früheren Gesetzgebung, weil ja die Gründungen durch die Handelskammern revidirt werden.

Es ist auch gar nicht zu bezweifeln, daß die Verkäufer von Actien — mögen sie in gutem oder bösem Glauben sein —, befragt über die Solidität des Unternehmens, auf die stattgehabte Revision und geeigneten Falls auf die Persönlichkeit der Revisoren hinweisen, um die Bedenken des Capitalisten zu beseitigen.

So ist denn durch das Gesetz genau das Gegentheil von dem erreicht, was vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Die Ernennung von Revisoren durch die Handelskammern dient nicht zum Schutze, sondern zur Täuschung des Actien kaufenden Publicums.

Der Werth der Revision könnte höchstens darin gefunden werden, daß sie Material für eine etwaige strafrechtliche Verfolgung der Gründer bietet, wenn die Schädigung des Publicums bereits eingetreten ist.

Eine Abhülfe der dargelegten Mißstände dürfte in der Weise angezeigt sein, wenn die Befugnisse der Revisoren dahin erweitert werden, daß dieselben geeigneten Falls auch eine Nachprüfung der Werthe der eingebrachten Vermögensobjecte vorzunehmen ermächtigt sind, und daß sodann der Revisionsbericht, sei es vollständig, sei es seinem Hauptinhalte nach, durch den Handelsrichter veröffentlicht wird.

Läßt sich das nicht ermöglichen, so ist es unser und — wie wir nicht bezweifeln — ein allgemein von Seiten der Handelskammern getheilter Wunsch, daß diese Revisionen der Handelskammern ganz wegfallen.

Digitized by Google

Aus all diesen Gründen gestatten wir uns, Ew. Durchlaucht die gehorsamste Bitte zu unterbreiten:

„Ew. Durchlaucht wolle hochgeneigtest veranlassen, daß die gegenwärtigen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in Betreff der Mitwirkung der Handelskammern bei Revision von Gründungen der Actiengesellschaften in geeigneter Weise abgeändert werden, oder daß von einer Mitwirkung der Handelskammern bei solchen Revisionen abgesehen wird."

Die Mannheimer Handelskammer beschloß in ihrer Plenarversammlung vom 12. März 1890, der Bitte der Göttinger Handelskammer, wie den derselben zu Grunde liegenden Erwägungen sich durchaus anzuschließen ... „Die Prüfung der Gründungsvorgänge ist eine bloß formale, nicht materielle, ähnlich wie jene der Revisoren bei Abschluß von Actiengesellschaften, welche auch nur der Uebereinstimmung der in der Rechnungsstellung enthaltenen Posten mit den vorgelegten Büchern darzuthun pflegen" ... „Wir können nur das Eine auf das Lebhafteste wünschen, daß, wenn die Revisoren selbst mit ihrer jetzigen Stellung noch wie bisher beibehalten werden sollen, jedenfalls die Handelskammern nicht mehr mit der Ernennung derselben in irgendwelchen Zusammenhang gebracht werden.[1])

In gleichem Sinne äußerte sich die Offenbacher Handelskammer[2]): „Wir waren uns überhaupt von vornherein klar, daß die Mitwirkung der Handelskammer zu Täuschungen des Publicums führen bezw. mißbraucht werden könnte, und haben deshalb, als wir zum ersten Male um Ernennung von Revisoren zur Prüfung des Gründungshergangs bei Umwandlung eines bestehenden Geschäfts in eine Actiengesellschaft ersucht wurden, grundsätzlich festgestellt, daß Mitglieder der Handelskammer niemals die Obliegenheiten solcher Revisoren wahrnehmen sollen. Damit ist indessen die Möglichkeit, daß die Ernennung von Revisoren durch die Handelskammer nicht nur nicht zum Schutze, sondern geradezu zur Täuschung des actienkaufenden Publicums ausfällt, immer noch nicht beseitigt!

Auch die Coblenzer Handelskammer billigte den Standpunkt, „daß die Revision der Gründungen durch von der Handelskammer ernannte Personen entweder beseitigt oder bis zu einem Grade erweitert werde, der diese Revision zu einer gewissen Bürgschaft für die Solidität dieser Unternehmungen werden läßt. Das letztere aber kann nur erreicht werden,

[1]) Eingabe vom 18. März 1890 im Jahresbericht der Mannheimer Handelskammer 1890, 1. Theil S. 185.

[2]) Jahresbericht 1889 S. 19 ff.

Digitized by Google

wenn der Revisionsbericht ein mit Gründen versehenes Urtheil über den Werth der eingebrachten Objecte, sowie die Höhe der den Gründern etwa gewährten besonderen Vortheile enthält und entweder vollständig oder doch in den Haupttheilen von dem Registerrichter veröffentlicht wird." [1])

Dieser Ansicht schloß sich die Handels- und Gewerbekammer in Würzburg in einer Eingabe an den Reichskanzler vom 1. Mai 1890 an.

Die Handels- und Gewerbekammer in Plauen beschloß auf Grund eines Commissionsberichts vom 11. April 1890: in Uebereinstimmung mit der Petition der Göttinger Handelskammer unter der Voraussetzung, daß die in derselben enthaltene Rechtsauffassung, welche der Kammer jedoch nicht unzweifelhaft erscheint, begründet sei, sich bei der Staatsregierung dafür zu verwenden, daß die gegenwärtigen Bestimmungen des Actiengesetzes in Betreff der Mitwirkung der Handelskammern bei Revision von Gründungen der Actiengesellschaften in geeigneter Weise abgeändert werden, oder daß von einer Mitwirkung der Handelskammern bei solchen Revisionen abgesehen werde.

Eine Reihe anderer Handelskammern theilte jedoch diese Anschauungen nicht. Die Handels- und Gewerbekammer in Heidenheim beschloß, dem Gesuch der Göttinger Handelskammer nicht beizutreten.[2])

„Wer sich bezüglich der Solidität des Unternehmens mit dem Hinweise der Actienverkäufer auf die stattgehabte Revision und auf die Persönlichkeit der Revisoren begnügt und nicht selbst den Revisionsbericht und dessen Belege einsieht, oder Sachverständige, denen er Vertrauen schenken kann, darüber befragt, wie nach dem Inhalte dieser Documente die Solidität des Unternehmens zu beurtheilen sei, der hat es lediglich seiner eigenen Schuld zuzuschreiben, wenn er durch den Ankauf von Actien zu Schaden kommt.

Der von der Handelskammer in Göttingen aufgestellte Satz:

„Die Ernennung von Revisoren dient nicht zum Schutze, sondern zur Täuschung des Actien kaufenden Publicums"

erscheint sonach nicht als gerechtfertigt.

Es kann nicht Aufgabe der Gesetzgebung sein, dem Einzelnen die Sorge für seine Vermögensverwaltung abzunehmen, sondern von ihr nur gefordert werden, daß sie Vorschriften erlasse, welche Jeden in den Stand setzen, bei Anwendung der ihm möglichen Sorgfalt sich bei seiner Ver-

[1]) Jahresbericht 1889 S. 3.

[2]) Mittheilungen des Secretärs der Handels- und Gewerbekammer in Heidenheim 1890 Nr. 2.

Digitized by Google

mögensverwaltung selbst gegen Schaden zu schützen, und diese Forderung ist durch die angeführten Vorschriften des Handelsgesetzbuchs vollkommen erfüllt. Außerdem ist durch die .... Bestimmungen in Art. 213a und 249a des Gesetzes für einen Schutz des Publicums gegen Uebervortheilung durch die Gründer gesorgt.

Die vom Gesetze Jedem eröffnete Möglichkeit, jederzeit von dem Revisionsberichte und den übrigen Belegen der Anmeldung einer Actiengesellschaft zum Handelsregister Einsicht zu nehmen oder von einem Vertrauensmann für sich nehmen zu lassen, läßt eine Veröffentlichung dieser Urkunden durch den Handelsrichter als durchaus überflüssig erscheinen. Auch kann ja Jeder sich direct an die Revisoren um Auskunft wenden. Es wäre aber auch aus dem Grunde nicht gerechtfertigt, den Inhalt des Revisionsberichts öffentlich bekannt zu machen, weil dies, ganz abgesehen von den großen damit verbundenen Kosten, eine Schädigung des betreffenden Unternehmens durch die Concurrenz nach sich ziehen könnte, und eine Veröffentlichung des Revisionsberichts nur dem „Hauptinhalte" nach würde meistens von gar keinem Werthe sein, abgesehen davon, daß es für den Handelsrichter in manchen Fällen nicht leicht sein dürfte, zu erkennen, was als Hauptinhalt des Berichts anzusehen ist."

Im gleichen Sinne sprach sich die Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern in ihrer Sitzung vom 28. März 1890 aus. In dem betreffenden Referat wurde insbesondere hervorgehoben:

„Die Handelskammer Göttingen will den Revisoren auch gar nicht die Verpflichtung auferlegen, diese Prüfung vorzunehmen — wenigstens spricht der Wortlaut des Göttinger Antrags dagegen — sie will die Befugnisse der Revisoren dahin erweitern, daß sie ermächtigt werden, auch eine Prüfung des Werthes der eingebrachten Vermögensobjecte vorzunehmen. Dieser Wunsch ist deshalb gegenstandslos, weil es den Revisoren nicht verwehrt ist, außer denjenigen Punkten, zu deren Erörterung sie gesetzlich verpflichtet sind, weitere Punkte, die für die Beurtheilung des Unternehmens von Belang sind, mit im Berichte zu berühren.

Das ist auch in dem von Göttingen citirten Falle geschehen, und damit ist der Beweis geliefert, daß das, was die Göttinger Kammer verlangt, schon unter der Herrschaft des jetzigen Gesetzes möglich ist.

Ebensowenig dürfte dem Antrag Göttingen auf Veröffentlichung der nach dem Antrage dieser Kammer zu erweiternden Revisionsberichte zuzustimmen sein. Vor Allem kommt in Betracht, daß nicht nur die Einsicht des Revisionsberichtes Jedermann offen steht, sondern daß sich ebenso ein Jeder — ohne daß sogar ein Interesse des Nachsuchenden nachgewiesen werden müßte — Abschrift des Berichtes geben lassen kann (Art. 12 des

Digitized by Google

Handelsgesetzbuches). Das genügt meines Erachtens zum Schutze der Interessenten vollständig, während andererseits eine Veröffentlichung der Berichte, wie Göttingen sie sich denkt, die größten Bedenken gegen sich hat. Denn jeder Bericht enthielte die betr. subjectiven Anschauungen der Revisoren, die, wenn sie wohl meist zutreffend sein mögen, doch auch irrig sein können.

Die Rentabilität eines Unternehmens ist aber auch von ganz anderen Factoren abhängig, als jene sind, welche der Prüfung der Revisoren unterstellt sind. Das Urtheil der Revisoren kann auf Grund des ihnen vorliegenden Materials ein ganz berechtigtes sein; es kann aber durch später eintretende Ereignisse, welche der Würdigung der Revisoren entzogen sind, hinfällig werden, wie sich gerade bei Gründungen, welche Referent als Revisor zu prüfen hatte, gezeigt hat.

Persönliche Ansichten eignen sich aber zur Veröffentlichung durch das Gericht nicht. Was veröffentlicht werden muß, bestimmt das Gesetz in Art. 210c. Es sind lauter Thatsachen, die feststehen und nicht bestritten werden können: sie allein sind zur Veröffentlichung geeignet.

Von einer Veröffentlichung des Ergebnisses der Prüfung durch die Revisoren nach Art. 209h hat das Gesetz abgesehen — und mit Recht: denn eine solche Veröffentlichung hat gar keinen Sinn. Hat die Prüfung ergeben, daß die in § 209h erwähnten Angaben nicht richtig oder vollständig sind, so muß der Eintrag ins Handelsregister unterbleiben; die Veröffentlichung des Eintrags, mit welcher der Name der Revisoren gleichzeitig veröffentlicht wird, zeigt also an, daß die erwähnten Angaben richtig und vollständig waren.

Werden aber Urtheile, also subjective Ansichten veröffentlicht, so wird von den Betheiligten, denen sie nicht entsprechen, möglicher Weise wieder eine Erklärung erlassen, welche Gegenerklärungen hervorrufen würde u. s. w. Auch das würde zu Mißlichkeiten führen, deren Tragweite die Göttinger Kammer wohl nicht ermessen hat. Wer aus dem Umstande, daß angesehene Männer als Revisoren fungirt haben, schließt, daß das Unternehmen selbst ein gesundes sei, befindet sich eben in einem Rechtsirrthum; wegen solcher Rechtsunkenntniß aber sich gegen das Institut der Revisoren zu erklären oder das Gesetz zu ändern, liegt sicher kein Anlaß vor." [1])

Die Plenarversammlung der Handelskammer Leipzig beschloß in ihrer Sitzung vom 1. April 1890 einstimmig, die Göttinger Eingabe auf sich beruhen zu lassen. Sie begründete ihre Ablehnung folgendermaßen:

[1]) Die Ausdrucksweise ist nicht ganz präcis. Ein Rechtsirrthum liegt hier nicht vor, wohl aber ein Irrthum.

Digitized by Google

„Bei uns sind bisher irgend welche Uebelstände aus Anlaß des Art. 209h des Handelsgesetzbuches nicht hervorgetreten. Ueberhaupt sind hier Fälle, in denen bei der Gründung von Actiengesellschaften besondere Gründergewinne bedungen worden wären, nicht vorgekommen. Wäre dies aber geschehen, so wäre nach unserer Auffassung, mit welcher auch die des Vorstandes des hiesigen Königlichen Amtsgerichts übereinstimmt, die Höhe des Gründergewinnes in der Bekanntmachung ausdrücklich hervorzuheben gewesen, und es würde dann weder die Handelskammer selbst, noch die von ihr ernannten Revisoren ein Vorwurf getroffen haben, wenn die Actien trotzdem selbst mit Aufschlag Nehmer gefunden hätten. Wenn bei dem dortigen Gerichte, wie es nach dem in der Eingabe erwähnten Beispiele scheint, eine andere Uebung herrscht, so vermögen wir das mit Art. 210c des Handelsgesetzbuches nicht in Einklang zu bringen, und es würde daher unseres Erachtens die geehrte Handelskammer sich hiergegen zu wenden gehabt haben."

Diesen Standpunkt hielt die Kammer auch fest, als sie später dem Königl. Ministerium des Innern ein Gutachten über dieselbe Angelegenheit zu erstatten hatte.

Von dem Reichskanzleramt wurde die Göttinger Eingabe an das Reichsjustizamt abgegeben, und dieses erwiderte der Handelskammer Göttingen unter dem 10. April 1890 Folgendes:

„Die Vorstellung behandelt die Fälle der Gründung, in welchen auf das Grundcapital Sacheinlagen gemacht oder Vermögensstücke übernommen werden, und erkennt an, daß es Aufgabe der Gesetzgebung sei, besonders für diese Fälle gegen Uebervortheilungen des Publicums Vorsorge zu treffen. Sie erhebt gegen die demgemäß durch das Gesetz den Handelskammern zugewiesene Mitwirkung bei Prüfung des Gründungshergangs nur Bedenken insofern, als die Revisoren, welche die Handelskammern zu ernennen haben, nach der gegenwärtigen Fassung des Art. 209h nicht befugt seien, in eine Beurtheilung der Werthe der eingebrachten Vermögensstücke einzutreten, und als nach der Vorschrift des Art. 210c die gerichtliche Veröffentlichung über den zur Eintragung gelangten Gesellschaftsvertrag neben den Namen der Gründer und der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrath die Namen der Revisoren, nicht aber den Revisionsbericht oder dessen Hauptinhalt aufzunehmen habe. Bei dieser Rechtslage diene, so wird ausgeführt, im Falle unsolider Gründungen der Name der Revisoren zur Täuschung des Actien kaufenden Publicums, welches darauf vertraue, daß „ja die Gründung durch die Handelskammer revidirt worden". Es wird daher eine Erweiterung des Gesetzes in der angedeuteten Richtung, und, sofern solche

Digitized by Google

nicht zu erzielen sei, eine Abänderung dahin gewünscht, daß die Mitwirkung der Handelskammern bei der Revision völlig in Wegfall gebracht werde.

Diese Auffassung beruht wesentlich auf einer unzutreffenden Auslegung des Art. 209 h. Allerdings hatte der Entwurf des Gesetzes den Prüfungsorganen, welche nach dem Entwurf hauptsächlich die Stellvertreter der zumeist an der Gründung betheiligten Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths gewesen sein würden, die Pflicht auferlegt, sich unmittelbar darüber auszusprechen, ob die Höhe der für die eingebrachten Vermögensstücke gewährten Beträge durch die Verhältnisse gerechtfertigt erscheine. Hiervon beschloß bei Berathung des Gesetzes der Reichstag, indem er an die Stelle der vom Entwurfe vorgesehenen Stellvertreter die von den Handelskammern zu ernennenden Revisoren setzte, Abstand zu nehmen, weil solches, gewissermaßen eine Taxe enthaltendes Urtheil der nur zur Prüfung berufenen Personen für das Publicum von zweifelhaftem Werthe, für die Gesellschaft gefährlich und den Revisoren nicht zuzumuthen sei. Dafür wurde aber in dem jetzigen Art. 209 g den Gründern, welche den Hergang der Gründung in eigener Thätigkeit bewirkt und in erster Linie zu vertreten haben, die schriftliche Darlegung der thatsächlichen Umstände auferlegt, mit Rücksicht auf welche ihnen die Höhe der Beträge gerechtfertigt erscheine; in der Rechtfertigungsschrift haben sie insbesondere die dem Erwerbe der Vermögensstücke durch die Gesellschaft vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, welche auf denselben hingezielt haben, sowie die früheren Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzen zwei Jahren anzugeben. Im Uebrigen hat die Prüfung nach dem Gesetz, wie nach dem Entwurfe, „den Hergang der Gründung", d. h. die gesammten thatsächlichen Vorgänge zu umfassen, welche mit der Gründung in Zusammenhang stehen. Sie hat sich namentlich auf die Sacheinlagen und Errwerbungen zu erstrecken; dabei hat das Gesetz die in Art. 209 g verlangte Erklärung der Gründer über die Höhe der Werthsbeträge mit Allem, was zu deren Rechtfertigung geboten ist, besonders hervorgehoben, und es genügt nicht, die Richtigkeit der betreffs ihrer gemachten Angaben zu prüfen, vielmehr muß ebenso geprüft werden, ob dieselben vollständig sind. Erscheinen den Prüfenden, also auch den von der Handelskammer bestellten Revisoren, die vorliegenden Angaben der Gründer zur Rechtfertigung der Höhe nicht vollständig, so sind sie berechtigt und verpflichtet, weitere Angaben von den Gründern zu verlangen oder sonst zur Aufklärung und Rechtfertigung dienende Ermittelungen anzustellen, und sie müssen in ihrem schriftlich zu erstattenden Berichte darlegen, daß sie in einer den ganzen Inhalt ihrer Aufgabe erschöpfenden Weise die Prüfung vorgenommen haben.

Digitized by Google

Ein derartiges Eingehen auf die zur Würdigung und Rechtfertigung der Werthsbeträge dienenden Thatumstände stellt einerseits keine übermäßige Anforderung an die Revisoren. Es kann zwar Niemand zur Uebernahme der ihm angetragenen Function als Revisor gezwungen werden, und es ist nur zu wünschen, daß Jedermann seine Entschließung über Annahme oder Ablehnung der Revision nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Verhältnissen unter Berücksichtigung des Gegenstandes der Prüfung fasse. Die Annahme kann auch unter Vorbehalt erklärt werden, namentlich unter dem Vorbehalt, die Function wieder niederzulegen, sobald eine die Sache klar stellende Prüfung ausgeschlossen erscheint. In diesem Falle wäre es nicht zu beklagen, wenn zufolge der Unmöglichkeit, die vom Gesetze vorgeschriebene Prüfung zu erlangen, die Entstehung der Actiengesellschaft verhindert würde. Dagegen kann es sich freilich nicht empfehlen, von der Annahme der Function als Revisor und deren Durchführung lediglich im Hinblick darauf abzustehen, daß die Gründung Mängel habe oder nicht soliden Grundsätzen entspreche. Vielmehr ist die Prüfung gerade dazu bestimmt, die Mängel und Uebelstände an das Licht zu ziehen.

Je gewissenhafter und furchtloser die Revision durchgeführt wird, desto mehr ist sie andererseits von Werth für die öffentliche Wohlfahrt. Mit Unrecht wird in der Eingabe vom 5. Februar d. J. gesagt, es könne der Werth „höchstens" darin gefunden werden, daß die Revision „Material für eine etwaige strafrechtliche Verfolgung der Gründer biete, wenn die Schädigung des Publicums bereits eingetreten sei". Die strafrechtliche und, wie mit Nachdruck hinzuzufügen ist, die strenge civilrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 213a) wird in Verbindung mit der Revision, welcher die Gründer ausgesetzt sind, viele von ihnen schon von vornherein vor Ausschreitungen behüten. Der vornehmliche Werth der Prüfung und der Prüfungsberichte liegt aber darin, daß sie denjenigen, welche außer den Gründern durch Zeichnung oder Erwerb von Actien sich an dem Unternehmen betheiligen wollen, ein nach der früheren Gesetzgebung kaum zu erlangen gewesenes Mittel zur Beurtheilung des Unternehmens bieten. Die Prüfungsberichte müssen mit der Gründererklärung, mit den Verträgen, welche den Festsetzungen über die Vermögenseinlagen 2c. zum Grunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, mit einer genauen Berechnung des Gründungsaufwands und allem sonst zur Aufklärung dienenden Material behufs Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister dem Gericht eingereicht werden (Art. 210). Dort wird das ganze Material zur Einsicht für Jedermann dauernd aufbewahrt (Art. 12). In dem Falle, daß Actien zur Zeich-

Digitized by Google

nung aufgelegt sind, findet die constituirende Generalversammlung unter der Leitung des Gerichts statt; vor der Beschlußfassung haben Vorstand und Aufsichtsrath sich über die Prüfung des Gründungshergangs auf Grund der Berichte und deren urkundlicher Unterlagen zu erklären (Art. 210a). Aber auch in dem Falle, daß sämmtliche Actien von den Gründern übernommen sind, die Eintragung des Gesellschaftsvertrages also ohne weiteren Hergang erfolgt, genügt es, daß mit der Eintragung das gesammte Material dem Publicum zugänglich gemacht wird. Denn da die Ausgabe der Actien und selbst der Interimsscheine erst nach Eintragung des Gesellschaftsvertrages zulässig ist (Art. 215c Abs. 2), so wird in der Regel erst dann eine Heranziehung des Publicums zum Erwerb von Actien 2c. eintreten. Das Gesetz vermag nur die Mittel zu gewähren, welche den Betheiligten die selbstthätige Prüfung und Entschließung ermöglichen. Diese kann und soll ihnen nicht erlassen werden. Wäre es richtig, was die Vorstellung vom 5. Februar d. J. anführt, daß das Actien kaufende Publicum sich wesentlich darauf verlasse, daß die Gründungen durch die Handelskammern revidirt werden, so dürfte die Gesetzgebung auf solches blindes Vertrauen kein Gewicht legen. Abgesehen davon, daß die Revisoren keineswegs durch die Handelskammer erfolgt, die letztere vielmehr nicht anders mitwirkt, als daß sie auf Antrag der Gründer die Revisoren bestellt, welche nicht Mitglieder der Kammer zu sein brauchen, und ihr weder den Bericht einzureichen noch sonst über die Revision Rechenschaft zu geben haben, so erlaubt, was die Handelskammer zu Göttingen verkennt, der Umstand, daß eine Revision stattgehabt hat, nicht den geringsten Schluß darauf, daß die Gründung in vollster Ordnung befunden und der Erwerb der Actien ohne Bedenken sei. Es ist selbstverständlich, daß, wer Actien erwerben will, persönlich oder durch Beauftragte sich von den deshalb zur Einsicht offen gelegten Berichten 2c. unterrichten muß.

Wenn endlich in der Vorstellung vom 5. Februar d. Js. verlangt wird, die Vorschrift in Artikel 210c dahin zu erweitern, daß die gerichtliche Veröffentlichung über den eingetragenen Gesellschaftsvertrag den Revisionsbericht vollständig oder dem Hauptinhalte nach umfassen solle, so dürfte dieses Verlangen auf Billigung kaum zu rechnen haben. Eine Vorschrift, nach welcher auszugsweise der wesentliche Inhalt des Berichts, kurz und erschöpfend, anzugeben wäre, würde meistens an den Richter eine unlösliche Aufgabe stellen und für das Publicum gefährlich sein; selbst wenn der Bericht in seinem Endergebnisse, ohne ein Bedenken aufzustellen, schließt, könnte er in sich Anlaß zu weiterer Nachforschung und zur Aufdeckung bedenklicher Umstände geben. Die Veröffentlichung des

Digitized by Google

ganzen Berichts und aller dazu gehörigen Anlagen aber würde Kosten verursachen, welche in der großen Mehrzahl der Fälle den dadurch erzielten Nutzen weit überschritten. Jedem, der es wünscht, steht nicht bloß die Einsicht des auf dem Gerichte liegenden Materials frei, sondern wer die Kosten dafür erlegen will, kann sich von demselben auch Abschriften ertheilen lassen. Dagegen erscheint es nicht überflüssig, daß die Veröffentlichung des Gerichts die Namen der Revisoren zu enthalten hat. Dieselben werden von den Handelskammern bald aus den verschiedensten Kreisen, bald aus Personen, welche die Revision geschäftsmäßig betreiben, ernannt, und es ist jedenfalls nicht ohne Werth, die Namen zur öffentlichen Kenntniß zu bringen, damit das Publicum erwägen kann, in welchem Maße es lohnt, von dem Revisionsberichte sich Einsicht oder Abschrift zu verschaffen. Zudem würde das Unterlassen einer gerichtlichen Veröffentlichung der Namen den Mißstand nicht ändern, über welchen die Handelskammer zu Göttingen klagt. Sie bemerkt in ihrer Vorstellung selbst, daß es häufig die Verkäufer der Actien seien, welche, „befragt über die Solidität des Unternehmens, geeigneten Falles auf die Persönlichkeit der Revisoren hinweisen, um die Bedenken des Capitalisten zu beseitigen". Dies kann, mag gerichtlich der Name bekannt gemacht sein oder nicht, von den Verkäufern oder deren Agenten mündlich, schriftlich oder durch die Presse geschehen.

Nach dem Vorstehenden kann eine Abänderung des Gesetzes, wie sie die Handelskammer zu Göttingen anregt, nicht empfohlen werden. Dagegen dürften die Handelskammern vielfach in der Lage sein, durch geeignete Aufklärung dazu beizutragen, daß das Gesetz von den Revisoren und den betheiligten Kreisen in einer seinem Zweck und Inhalt entsprechenden Weise beachtet wird."

Es ist ferner hier noch darauf hinzuweisen, daß die Handels- und Gewerbekammer für Ober-Bayern an das Kgl. Staatsministerium der Justiz den Antrag stellte: „es möchten die Registerrichter angewiesen werden, in jenen Fällen, in welchen die Gründungshergänge durch besondere Revisoren geprüft werden, anläßlich der gemäß Art. 210c stattfindenden Veröffentlichungen auch bekannt zu geben, daß die Einsicht der Revisionsberichte Jedermann gestattet ist und beglaubigte Abschrift hiervon verlangt werden kann". Hiergegen verhielt sich das bayer. Staatsministerium der Justiz ablehnend, während das sächs. Staatsministerium auf die Anregung der Leipziger Handelskammer die entsprechenden Weisungen den Registerrichtern hat zugehen lassen. Die Handels- und Gewerbekammer für Oberbayern wiederholte ihren Antrag, erhielt aber unterm 30. October 1891 wiederum ablehnenden Bescheid, wobei be-

Digitized by Google

merkt wurde, daß inzwischen auch die kgl. preußische Justizverwaltung es für unzulässig erklärt habe, die Registerrichter im Sinne des Petitums der Kammer zu instruiren, „weil die Registergerichte in Betreff des materiellen Inhalts der hier in Betracht kommenden Veröffentlichungen sich lediglich nach den Vorschriften des Art. 210c des H.G.B. zu richten haben und nicht verpflichtet sein würden, einer weiter gehenden Anweisung der Justiverwaltung Folge zu leisten, zumal durch die Veröffentlichung derartiger, im Gesetz nicht vorgeschriebener Zusätze, den betheiligten Actiengesellschaften noch besondere Kosten erwachsen". Es besteht sonach in dieser Richtung eine Verschiedenheit der Anschauungen der bayerischen und preußischen Justizverwaltung gegenüber derjenigen der sächsischen.[1])

Im März 1892 haben die Aeltesten der Kaufmannschaft zu Magdeburg in einer Petition an den Reichstag die Bitte ausgesprochen, es möge der Art. 210c Z. 3 dahin ergänzt werden, daß die Veröffentlichung auch enthalten muß:

a) einen von den Revisoren festzustellenden Auszug aus ihrem Bericht über den Gründungshergang und dieser Auszug soll mindestens die Ergebnisse der Prüfung enthalten,

b) die Bemerkung, daß der Bericht der Revisoren mit allen Anlagen zu Jedermanns Einsicht auf dem Gericht ausliege.

Die Petition sagt, es fehle jegliche Gewähr dafür, daß der die Bedenklichkeit der Gründung darstellende Revisionsbericht zur Kenntnißnahme des Publicums gelange. Die Veröffentlichung der Namen der Revisoren fördere die Sorglosigkeit des Publicums und veranlasse noch mehr, den Revisionsbericht nicht anzusehen. Fast von Allen werde irrthümlicher Weise angenommen, daß die ehrenwerthen Kaufleute, die als Revisoren fungirt haben, mit ihrem Namen die Gründung decken. Bei nicht von vornherein ganz zweifellosen Gründungen falle es schwer, Revisoren zu finden. Wenn die Revisoren im Laufe ihrer Prüfung bedenkliche Punkte des Gründungshergangs finden, so ziehen sie es vor, ihr Mandat niederzulegen, weil sie in der Veröffentlichung über die Gründung der Gesellschaft nicht genannt werden wollen. Die Handelskörperschaft, welche die Revisoren zu bestellen habe, komme in einen peinlichen Conflict zwischen Erfüllung dieser Verpflichtung und Festhaltung der ihr durch das Gesetz auferlegten allgemeinen Aufgabe des Schutzes

[1]) S. Bayerische Handelszeitung, München, vom 27. Decbr. 1891 und Bauer's Zeitschr. f. das ges. Actienwesen, 2. Jahrg., S. 68, wo die Frage einer einheitlichen Organisation des Registerwesens in Deutschland besprochen wird.

Digitized by Google

der Handelsintereſſen ihres Bezirks. Alle dieſe Mißſtände ſeien bei einer neuerlichen in Magdeburg verſuchten Actiengeſellſchaftsgründung zu Tage getreten.

Aus der gegebenen Ueberſicht ergiebt ſich, daß unter den Handelskammern ſelbſt eine Uebereinſtimmung der Anſchauungen in Bezug auf die für das Gründungsſtadium beſtehenden Cautelen und deren Aenderung nicht beſteht. Die Urſachen dieſer Divergenz der Anſchauungen ſind mannichfaltig, aber bei aller ihrer Verſchiedenheit durchaus erklärlich. Wir haben bereits dargelegt, wie das Geſetz einen weiten Spielraum bietet, wie die Competenz der Reviſoren und der Regiſterrichter, je nachdem der Wortlaut des Geſetzes extenſiv oder weniger extenſiv interpretirt wird, begrenzter oder weniger begrenzt iſt. So tritt denn die Einwirkung des Geſetzes auch in den einzelnen Orten verſchieden zu Tage. Die Stellungnahme der einzelnen Handelskammern erklärt ſich allerdings nicht durchweg aus der Beobachtung localer Zuſtände. Sie mag nur für einzelne Handelskammern ſich daraus erklären, wie denn die Göttinger Handelskammer gerade von einem beſonderen Vorfall innerhalb ihres Wirkungsgebiets ausgeht. Die Mannheimer Handelskammer beſtätigt im Gegenſatz dazu ausdrücklich, daß „ſie nicht in der Lage iſt, ihr Urtheil auf ſolche bittere Erfahrungen zu gründen“. Aber vielleicht hat dies auch darin ſeinen Grund, daß wir gerade in Mannheim ſeit vielen Jahren ausgezeichnete Regiſterrichter haben. Das iſt für Mannheim nahezu Tradition geworden. Auf Grund meines Studiums auch vieler Beilagefascikel des hieſigen Geſellſchaftsregiſters könnten Fälle genannt werden, in denen der Regiſterrichter durch tactvolle, durchaus innerhalb der Grenzen des Geſetzes ſich bewegende Einwirkungen die ſolidere Geſtaltung von Gründungen veranlaßt hat. Es bleibt allerdings fraglich, ob an ſolchen Orten, in denen eine größere Gründungsthätigkeit beſteht, die localen und perſönlichen Verhältniſſe dem Richter fremder ſind, dieſelbe individuelle Einwirkung möglich wäre. Ausgeſchloſſen iſt das nicht.

Aus den Mittheilungen der Handelskammern iſt erſichtlich, wie die lediglich formelle Mitwirkung der Handelskammern durch die Bezeichnung von Reviſoren und die Thatſache der Reviſion bereits für Reclamezwecke benutzt wird. Indeſſen muß jede Inſtitution ſich einleben und bei dem Publicum wird dieſe Reclame bald nicht mehr verfangen. Wenn aber das Publicum ſchon der Reclame auf Grund der jetzigen Inſtitution zugänglich iſt oder geweſen iſt, wieviel mehr würde die Reclame geſteigert und um wieviel gefährlicher würde ſie ſein, wenn man die Competenz der Handelskammern oder der Reviſoren erweitern wollte. Das Problem,

Digitized by Google

die gutfundirte von der weniger gutfundirten Gründung im Gründungsstadium unterscheiden zu können, ist ein generell unlösbares. Wir möchten den Handelskammern nicht wünschen und für die Revisoren nicht befürworten, daß sie in irgend einer Weise namentlich in Betreff der Werthschätzung der eingelegten oder übernommenen Gegenstände mehr engagirt seien, als dies im derzeitigen Rahmen des Gesetzes vorgesehen ist. Die gesetzliche Feststellung, daß der Revisionsbericht vollständig oder auszugsweise veröffentlicht werde, beanstanden wir, aber nicht wegen der entstehenden Mehrkosten. Diese Mehrkosten sind absolut und relativ — im Verhältniß zu den sonstigen bei einer Gründung entstehenden Kosten — unbedeutend. Daß die Concurrenten aus diesen Veröffentlichungen manches ersehen könnten, ist ebenfalls kein durchschlagender Grund gegen die mehrfach vorgeschlagene gesetzliche Feststellung; denn die Concurrenten können auch derzeit durch die Einsicht der Beilagefascikel zum Gesellschaftsregister sich unterrichten. Aber wir beanstanden sie, weil diese Veröffentlichung des vollständigen oder auszugsweisen Revisionsberichts zur Reclame dient. Ein Mißgriff des Gesetzes ist es, daß die Namen der Revisoren veröffentlicht werden. Es sind Fälle vorgekommen, in denen der Revisionsbericht sich durchaus ungünstig über die Gründung ausgesprochen hat, der Revisionsbericht ist zu den Acten geheftet worden, die Eintragung wurde genehmigt und die Namen der Revisoren sind veröffentlicht worden. So ist es möglich gewesen, mit den Namen von Revisoren, die das Unternehmen ungünstig beurtheilt haben, Reclame für das Unternehmen zu machen. Dieser Zustand ist auf die Dauer unerträglich. Es darf auch vermuthet werden, daß man qualitativ bessere Revisoren findet, wenn die Namen nicht veröffentlicht werden.

Wenn einzelne Handelskammern erklären, daß ihre Mitglieder principiell das Amt der Revision nicht mehr übernehmen, so ist das unzweifelhaft nicht im Interesse der Sache und des Ortes. Und es ist allerdings sorgfältig nachzuforschen, ob es möglich ist, die Praxis der Revision so zu gestalten, daß diese principielle Abneigung schwindet. Mit Recht weist die Leipziger Handelskammer in dem oben erwähnten Gutachten auf Folgendes hin: der durch Einlagen vorhandener Vermögensstücke erzielte Gewinn gehöre gewiß zu den im Art. 209b des Handelsgesetzbuchs erwähnten Festsetzungen, welche nach Art. 210c mit zu veröffentlichen seien. Es ist allerdings bereits oben dargethan, daß gerade dieser Gewinn nicht leicht als solcher constatirt werden könne. Aber bei genauer Prüfung der vorgelegten Contracte und Bücher wird doch vielfach, wie ich aus den Beilage-Acten zum Gesellschaftsregister ersehen habe, ein Gründergewinn constatirt und von den Parteien als solcher

Digitized by Google

anerkannt. Wenn die Bedenken der preußischen und bayerischen Justizministerien nicht überwunden werden können, so würde allerdings gesetzlich festzustellen sein, daß in die nach (Art. 177 und) Art. 210c des H.G.B. vorgeschriebenen Veröffentlichungen Hinweise auf die Oeffentlichkeit der Prüfungsberichte aufzunehmen sind. Das Königl. sächsische Ministerium des Innern ist der sehr bemerkenswerthen Ansicht, daß die Revisoren, sobald der Eintrag der Actiengesellschaften erfolgt und veröffentlicht ist, zur Geheimhaltung ihres Berichts mindestens nicht weiter verpflichtet sind, daß sie vielmehr unbehindert seien, diesen in beliebiger Form, auch auszugsweise durch die Tagespresse, zur öffentlichen Kenntniß zu bringen. Vielleicht würde es sich auch empfehlen, zu bestimmen, daß die Revisoren ihren Bericht nach ihrer Wahl den Gründern oder direct dem Amtsgericht überreichen dürfen. Allmählich wird auch eine Instruction über die Competenz der Revisoren unter Berücksichtigung der obigen Darlegungen in der Praxis sich herausbilden, und in geeigneter Fassung könnte eine solche Instruction seitens der Registerrichter oder auch der Handelskammern den Revisoren zugestellt werden. Mit dieser Aufgabe könnte auch die oberste Justizverwaltung eines einzelnen Staates sich zunächst befassen.

Eine anscheinend unbedeutende, aber thatsächlich doch nicht ganz irrelevante Frage ist die nach der Honorirung der Revisoren. Es ist mir von durchaus zuverlässiger Seite mitgetheilt worden, daß für einzelne Revisionen Tausende gezahlt worden seien. Im Allgemeinen bewegt sich das Honorar in sachgemäßen Grenzen. Es wäre zweckmäßig, wenn die Honorirung auf dem Revisionsbericht liquidirt und von dem Registerrichter decretirt werden könnte.

Ich komme nach alledem zu folgendem Schluß: die Frage, ob es zweckmäßig gewesen ist, das Institut der Revisoren in das System der Actiennovelle einzufügen, kann unerörtert bleiben. Manches hat diese Institution nachweisbar doch immerhin geleistet. Es ist besser, zunächst an ihrer Ausbildung fortzuarbeiten, als etwa an eine Eliminirung heranzutreten. Wenn die Handelskammern, die Revisoren und die Registerrichter ihre Aufgabe vollkommen erfassen, so kann die Institution zur Förderung der Solidität des Gründungswesens allmählich immer größere Bedeutung gewinnen. Einzelne Verbesserungen können wohl auf dem Wege von Anweisungen der Justizverwaltungen erzielt werden, andere nur durch Gesetzesänderung. Aber diese Gesetzesänderungen können wohl nur im Zusammenhang mit einer allgemeinen Revision der Actiennovelle stattfinden. Es erscheint zweifelhaft, ob die gesetzgebenden Organe des Deutschen Reichs, bei aller Anerkennung bestehender Mißstände, schon

Digitized by Google

derzeit geneigt sein dürften, die auf das Gründungsstadium der Actiengesellschaften bezüglichen Gesetzesbestimmnngen einer Revision zu unterziehen.

§ 10.

Resultate.

1. Für die Beantwortung der zum Eingang des Gutachtens gestellten Frage hat man zunächst objective Grundlagen der Untersuchung zu finden.

2. In dieser Hinsicht sind die Beilage-Acten zu dem Gesellschaftsregister wichtig.

3. Ein gerechtes Urtheil in Betreff der Actiennovelle kann nur gefällt werden, wenn man die Actiennovelle im Zusammenhang mit der organischen Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts seit dem Jahre 1884 betrachtet.

4. Aber dann ergiebt sich sofort, daß derzeit ein abschließendes Urtheil noch nicht möglich ist. Folglich sind auch Reformvorschläge zur sofortigen gesetzgeberischen Umgestaltung der Actiennovelle verfrüht.

5. Die Fragestellung, ob die durch die Actiennovelle vorgeschriebenen Cautelen gegen unsolide Gründungen sich „bewährt" haben, bedarf einer scharfen Präcisirung, aber die Antwort kann, mit den unabweisbaren „Cautelen" versehen, in bejahendem Sinn gegeben werden.

6. Es ist dem bei qualificirten Gründungen öfter wiederkehrenden Versuche entgegenzutreten, aus dem Gesellschaftsvertrag individuell wesentliche Elemente nachträglich zu eliminiren.

7. Die Gründungen geben Anlaß nicht nur zu Gründergewinnen, sondern auch zu Gründerbelastungen. Aber auch durch diese statutarischen Gründerbelastungen können die Actionäre geschädigt werden.

8. In Bezug auf die Gründergewinne kann man die Gründungen in „Schulden"- und Gewinngründungen eintheilen.

9. Sofern für Gesellschaften, die vor der Actiennovelle gegründet worden sind, das statutarisch gewährte Actienbezugsrecht noch zu Recht besteht, sollte die Möglichkeit einer Ablösung dieses Actienbezugsrechts solcher Gesellschaften durch Gesetz vorgesehen werden. Durch die Ausgabe von Genußscheinen bei Gründung einer Gesellschaft können neue Formen dauernder Belastung geschaffen werden.

10. Die Erschwerung der Gründungen und die Erhöhung der Verantwortlichkeit für den bei der Gründung in Betracht kommenden Personenkreis wird bei der Berechnung der Gründergewinne zu Lasten der Actionäre mit in Betracht gezogen.

Digitized by Google

11. Bei den qualificirten Gründungen ist in den Werthansätzen der Einlagen ein nicht declarirter Gründergewinn vielfach enthalten.

12. Das Publicum muß in Betreff dieser Werthansätze sein eigener Revisor sein.

13. Bei jeder Gründung sollen mindestens 5 Personen mitwirken, deren civile und strafrechtliche Verantwortlichkeit unzweifelhaft ist.

14. Revisoren sind nicht Taxatoren nnd sollen es auch nicht werden. Es muß dem vernünftigen Ermessen der Revisoren für den einzelnen Fall überlassen bleiben, inwieweit sie ein Eindringen in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben des Gründerberichts für geboten halten. Die Revision muß peinlich und kritisch sein.

15. Es ist erwünscht, daß das Amt der Revisoren von angesehenen Mitgliedern des Handelsstandes übernommen werde, aber zweckmäßig, daß die Organe des Handelsstandes sich auf die durch das Gesetz ihnen zugewiesenen Functionen beschränken und jede auch nur moralische Verantwortlichkeit von sich fern halten.

16. Revisionsberichte sollen für den Registerrichter nicht Monologe sein. Bestimmte Normen des Verhaltens lassen auch für den Registerrichter sich nicht aufstellen.

17. Eine gesetzliche Feststellung, daß der Revisionsbericht ganz oder theilweise veröffentlicht werde, ist nicht zu empfehlen.

18. Die gesetzliche Feststellung, daß der Name der Revisoren künftighin nicht veröffentlicht werde, ist wünschenswerth.

19. Es ist empfehlenswerth, daß in die nach der Actiennovelle vorgeschriebenen Veröffentlichungen Hinweise auf die Oeffentlichkeit der Prüfungsberichte aufgenommen werden. Sofern Bedenken bestehen, dies durch Anweisungen der Justizverwaltung zu veranlassen, wäre eine gesetzliche Feststellung nöthig.

20. Sobald der Eintrag der Actiengesellschaften erfolgt und veröffentlicht ist, sind die Revisoren zur Geheimhaltung ihres Berichtes mindestens nicht weiter verpflichtet.

21. Soweit nach dem Obigen gesetzliche Feststellungen in Frage kommen, werden dieselben wohl im Zusammenhang mit einer allgemeinen Revision der Actiennovelle erst erwartet werden dürfen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Anlage.

Statistische Uebersicht

der

an der Berliner Börse vom Januar 1889 bis 1. December 1890 zur Einführung gelangten Actien und Obligationen inländischer gewerblicher Unternehmungen.

Digitized by Google

Lfd. Nr.	Benennung der Werthpapiere	Auch eingeführt an der Börse zu	Nomi betr
	Inländische gewerbliche Unternehmungen,		
1.	Archimedes, Act.-Ges. für Stahl- u. Eisen-Industrie, Berlin	Breslau	1 200
2.	Actien der neuen Dampfer-Compagnie in Stettin . . .	Stettin	3 000
3.	Vereinigte Hanfschlauch- und Gummiwaaren-Fabr. zu Gotha		1 200
4.	Actien der Mechanischen Weberei Sorau (vormals J. A. Martin & Co.)		1 500
5.	Neue Actien der Berg.-Märkischen Bank zu Elberfeld . .	Frankfurt a./M.	5 000
6.	Actien d. Düsseldorfer Eisen- u. Draht-Industrie, Act.-Ges.		2 400
7.	Stamm-Prior.-Act. der Stettiner Maschinenbau-Act.-Ges. Vulcan	Stettin	2 400
8.	Actien d. Actien-Ges. für elektrische Glühlampen, Patent Seel		1 500
9.	Actien d. Klosterbrauerei Roederhof, Act.-Ges. z. Roederhof bei Halberstadt		1 250
10.	Dortmunder Bergbau-Vorzugs-Actien		3 300
11.	Actien d. Act.-Ges. Gerresheimer Glashüttenwerke, vorm. Ferd. Heye in Gerresheim	Hamburg	5 000
12.	Neu-Actien d. Nationalbank f. Deutschland	Hamburg	9 000
13.	Actien d. Preßspanfabr. Untersachsenfelde b. Schwarzenberg i./S. Act.-Ges., vorm. M. Hellinger		1 000
14.	Actien-Ges. Vulkan in Duisburg, neue Actien		1 200
15.	Heinrich Bock, Act.-Ges. für Hutfabrikation		1 200
16.	Hein, Lehmann & Co., Act.-Ges. Trägerwellblech-Fabr. u. Signalbau-Anst. Berlin		1 100
17.	Waggonfabrik, Act.-Ges., vorm. P. Herbrand & Co., Cöln-Ehrenfeld	Cöln	1 850 Stü m
18.	Actien der Dresdener Baugesellschaft zu Dresden . . .	Dresden	6 000
19.	Actien d. Actien-Ges. f. Hutfabrikation zu Guben . . .		1 000
20.	Actien d. Kurfürstendamm-Gesellsch. in Berlin		7 000
21.	Wissener Bergwerks- u. Hütten-Vorzugs-Actien		2 400
22.	Neue Prior.-Act. d. Harkort. Bergw. u. Chem. Fabr. zu Schwelm		2 400

Digitized by Google

Davon Apoints zu ℳ	Emiss.-Cours %	Cours am 1. December 1890	Cours am 31. December 1891	Eingeführt am	Bemerkungen
Actien und Obligationen.					
300 à 500 / 1050 à 1000 ℳ	137,50	124,30 G	85 G	9. 1. 89	
00 à 250 Thlr. / 00 à 750 ℳ	156	119,75 B	84,75 B	24. 1. 89	
200 à 1000	150	140 bz G	110,75 G	3. 1. 89	Prosp. datirt v. 31. 12. 88
500 à 1000	165	147,25 G	120,50 G	21. 1. 89	
167 à 1200	115¼	117 B	116 bz B	14. 1. 89	
75 à 200 Thlr. / 25 à 600 ℳ	112	92 B	56,50 bz G	28. 1. 89	
000 à 600	173,50	122 G	126,50 G	30. 1. 89	
500 à 1000	150	32,25 bz B	15 (39,60)	1. 2. 89	
		am 9. 12. 90			
250 à 1000	139	115,10 bz	100	7. 2. 89	
750 à 1200	100	101 bz G	36	13. — 21. 1. 89	66⅔ in alten Actien eingezahlt. 33⅓ in baar eingezahlt
000 à 1000	137	124,50 G	100 bz G	1. 2. 89	
500 à 1200	125	126,75	111,10 bz	15. — 23. 2. 89 f. d. alt. Actionäre	
000 à 1000	124,50	97 B	785,75 am 24. 11.	14. 2. 89	
		am 14. 1. 91			
200 à 1000	112,50	78,10 bz G	45	21. 2. — 2. 3. 89	für die alten Actionäre. Später 300 000 ℳ zurückgezogen
200 à 1000	132	91,25 G	105,50	26. 2. 89	
500 à 1000	167	88,75 G	44,50 bz G	26. 2. 89	
850 à 1000	155,25	135 bz G	124,25 G	4. 3. 89	
	165,25	124 G	126,30 G	13. 3. 89	am 1. 3. 89 belief sich das Actien-Capital auf 3 956 000 ℳ 1050 St. à 300 ℳ 266 St. à 1000 ℳ Prior.-St.-Act. 5000 St. à 300 ℳ 1875 St. à 1000 ℳ Stamm-Actien
000 à 1000	135	16 B	5	13. 3. 89	
	ℳ 1440 p. St.	ℳ p. St.	ℳ p. St.		
000 à 1000	144	1312 G	1690 bz G	23. 3. 89	Capitalrückzahl. 1. 4 90 125 ℳ aufgelegt 144 % eingef. 150½ 8. 4. 89
000 à 1000	100	77 bz G	8½ (15¾)	26. 3. — 30. 4. 89	an die Actionäre
000 à 1200	157,50	191,50 bz G	112,50 bz	25. 3. — 1. 4. 89	für alte Actionäre

Digitized by Google

Lfd. Nr.	Benennung der Werthpapiere	Auch eingeführt an der Börse zu	Nomin betra
23.	Actien d. Actien-Ges. f. Leinengarn-Spinnerei u. Bleicherei, vorm. Renner & Co. in Röhrsdorf bei Friedberg a./Queis		1 000
24.	Actien der Thüring. Nadel- u. Stahlw.-Fabrik, Wolff, Knippenberg & Co. in Ichtershausen	Dresden	1 500
25.	Actien der Berliner Dampfmühlen-Act.-Ges.		1 600
26.	Admiralsgarten-Bad, neue Actien		500
27	Actien d. Zellstoff-Fabrik Waldhoff	Frankfurt a./M.	4 000
28.	Actien d. Mälzerei-Act.-Ges., vorm. Alb. Wrede zu Cöthen		1 500
29.	Actien d. Nordd. Wollkämmerei u. Kammgarn-Spinnerei in Bremen	Bremen	5 000
30.	Vorzugs-Actien d. Berliner Spediteur-Verein-Act.-Ges.		1 080
31.	Bank für Handel und Industrie, neue Actien	Cöln, Frankfurt a./M. u. Dresden	20 000
32.	Actien d. Berliner Bank, Act.-Ges.	Dresden	5 000
33.	Disconto-Commandit-Antheile, neue	Cöln, Frankfurt a./M.	15 000
34.	Cementfabrik Victoria, Sitz zu Berlin		1 000
35.	Norddeutsche Lloyd-Actien, neue Actien	Frankfurt a./M. Bremen	10 000
36.	Hildebrand'sche Mühlenwerke zu Bölberg b./Halle a./S. .		2 000
37.	Hörder Bergwerks- und Hüttenverein, Stam.-Prior. .	Cöln	7 500
38.	Real-Credit-Bank-Actien		2 200
39.	Bergische Gruben- u. Hüttenverein-Vorz.-Actien (Hochdahl)	Cöln	2 690
40.	Stamm-Prior.-Actien, Lit. A. d. Lothringer Eisenwerke in Ars a. d. Mosel	Frankfurt a./M.	2 820
41.	Geraer Handels- u. Creditbank, neue Actien		1 200
42.	Neue Actien d. Berliner Elektricitätswerke		3 000
43.	Bochumer Bergwerks-Vorzugs-Actien Lit. C.		4 500
44.	Actien d. Norddeutschen Lagerhaus-Act.-Ges. zu Berlin .	Hamburg	4 500
45.	Stettiner Chamottefabrik, neue Actien	Stettin	750
46.	Actien d. Bielefelder Maschinenfabrik, vorm. Dürkopp & Co.	Frankfurt a./M.	2 250
47.	Ludwig Loewe & Co., Command.-Ges. a. Actien, neue Actien.		1 125
48.	Actien d. Maschinen- u. Armaturfabrik, vorm. C. Louis Strube, Act.-Ges. in Buckau-Magdeburg		1 500
49.	Harpener Bergbau-Act.-G., neue Actien	Cöln	4 500
50.	4½ % Prior.-Oblig., II. Em. d. Eisenbahn-Hotel-Ges. in Berlin		1 250
51.	Stettin Bredower Portland-Cement, neue Actien . . .	Stettin	200
52.	Union, Allgem.-Versich.-Act.-Ges. zu Berlin		4 500
53.	Anhaltische Kohlen-Actien, neue		2 500

Digitized by Google

Davon in Apoints zu ℳ	Emiss.-Cours %	Cours am 1. December 1890	Cours am 31. December 1891	Eingeführt am	Bemerkungen
1000 à 1000	136	4. 12. 90 109 B	91	2. 4. 89	
1500 à 1000	110	89,75 G	80,50 G	2. 4. 89	
1600 à 1000	140	137,75 bz G	137	27. 3. 89	
500 à 1000	110	83 bz G	74,25 et bz G	21.—29. 3. 89	f. d. alten Actionäre
4000 à 1000	217,50	192,75 G	140,10 G	30. 3. 89	
1500 à 1000	121 bz G	92,25 bz G	87,10 G	30. 3. 89	
5000 à 1000	207,50	28. 12. 90 193 B	119,50 bz G	2. 4. 89	
900 à 1200	114,75	6. 12. 90. 76 bz G	75 am 17. 12.	2. 4. 89	f. d. alten Actionäre
10000 à 1000	140	153,50	122,30 bz G	28.3.–11.4. 89	f. d. alten Actionäre
5000 à 1000	112	106,60 bz G	103 bz G	11. 4. 89	
2500 à 1200	155	208,50 bz G	171,50 bz	10. 4. – 8. 5. 89	f. d. alten Actionäre
1000 à 1000	114,75	35,50 G	13 bz	17. 4. 89	
10000 à 1000	150	148,10 bz	94,90 bz	27.4.—2.5.89	f. d. alten Actionäre
2000 à 1000	148	142 B	149,50 G	25. 4. 89	
7500 à 1000	115	69,50 bz G	43,80 bz G	3. 4. — 4. 5. 89	f. d. alten Actionäre
2200 à 1000	125	108,10 G	97 bz G	27. 4. 89	
2247 à 1200	100	43,50 bz G	30½	23. 4.—4.5.89	alte Act. à 66⅔ in Zahl, 33⅓ in baar
2821 à 1000	97,50	15. 12. 90. 73,50 bz	42	1. 5. 89	
1000 à 1200	100	in Concurs	—	26 4.—25.5.89	f. d. alten Actionäre
3000 à 1000	100	191 bz G	155 bz G	21. 3. – 2. 4. 89	f. d. alten Actionäre
3750 à 1200	100	99,10	44 B	15.4.—14.5.89	f. d. alten Actionäre
3000 à 1500	125	89	89 G	8. 5. 89	
750 à 1000	100	363,50 B	217,50 bz G	29. 4.—4.5 89	f. d. alten Actionäre
2250 à 1000	140	138 bz G	135,10 G	10. 5. 89.	
1125 à 1000	350	302 bz G	240,25 bz G	27. 4.—5.5.89	f. d. alten Actionäre
1500 à 1000	150	138 G	113,50 G	9. 5. 89	
3750 à 1200	140	201,25 bz G	142,25 bz	25.4.—9.5. 89	f. d. alten Actionäre
2500 à 500	101,25	98 G	97,10 am 28.12	14. 5. 89	
200 à 1000	165	130 B	99,75 G	17.—31.5.89	f. d. alten Actionäre
1500 à 3000	875 p. St.	745 B p. St.	759	14. 5. 89.	
2500 à 1000	140	109,50 bz B	95,75	9.—16. 5. 89	f. d. alten Actionäre, 160 % f. Zeichner

Digitized by Google

Lfd. Nr.	Benennung der Werthpapiere	Auch eingeführt an der Börse zu	Nomina betrag
54.	Actien d. Berlin-Luckenwalder Wollwaaren-Fabr. Act.-Ges., vorm. Wilh. Müller		1 800
55.	Actien-Ges. f. Federstahl-Industr., vorm. C. Hirsch & Co., neue Actien		500
56.	Königsberger Maschinenfabrik-Act.-Ges. zu Königsberg i./P.		1 000
57.	Rheinisch-Nassauische Bergw.-Hütten-Ges., neue Actien	Cöln	900
58.	Act.-Ges. f. Brauerei, Spiritus- u. Preßhefenfabrik, vorm. G. Sinner		2 000
59.	Actien d. Falkensteiner Gardinen-Weberei u. Bleicherei		1 000
60.	Union, Chemische Fabrik, neue Actien		150
61.	Actien d. Altdamm-Colberger Eisenb.-Ges.		3 150
62.	Adler, Deutsche Portland-Cement-Fabrik, neue Actien		550
63.	4 % Hypoth.-Anl. d. Command.-Ges. Portland-Cementfabrik Germania, H. Manske & Co. in Lehrte	Breslau	1 500
64.	Grusonwerk, neue Actien	Magdeburg	3 000
65.	Actien d. Tuchfabrik Aachen, vorm. Süskind & Sternau, Act.-Ges.		1 500
66.	Oberschles. Portland-Cement-Fabr.-Actien	Breslau	550
67.	Stamm-Actien d. Halberst.-Blankenburger Eisenb.-Ges.		2 200
68.	Actien-Gesellschaft Schäffer & Walcker		402
69.	Actien d. Berl. Musik-Instrum.-Fabr., Act.-Ges., vorm. Ch. F. Pietschmann & Sohn		1 300
70.	Salvator-Brauerei in Schwabing-München		1 200
71.	4 % Oblig. d. Eisenhüttenwerkes Thale, Act.-Ges. à 102 rückzahlb.		1 000
72.	Dresdner Bank, neue	Frankfurt a./M., Dresden	12 000
73.	Actien d. Neuen Berl.-Omnibus- u. Paketfahrt-Act.-Ges.		1 000
74.	Menden & Schwerte, Stamm-Prior., neue	Hannover, Cöln, Dresden	1 375
75.	Actien d. Bauvereins Weißensee		1 800
76.	Allgem. Elektric.-Actien, Edison, neue	Frankfurt a./M.	4 000
77.	Berliner Holzcomptoir, neue		1 087
78.	Actien d. Actien-Ges. Mix & Genest, Teleph.-Telegr.-Blitzableiter-Fabrik		1 200
79.	Victoria-Speicher, Act.-Ges.		800
80.	Berl. Gußstahlfabr. u. Eisengießerei, Act.-Ges. Hugo Hartung		1 100
81.	Actien d. Act.-Ges. Berlin-Wilmersdorfer Terrain-Ges.	Frankfurt a./M.	7 000
82.	Farben-Fabriken, vorm. Fr. Beyer & Co. zu Elberfeld		1 500
83.	4 % mit 103 rückz. Hypothek.-Anl. der Engl. Wollenw.-Manufact., vorm. Oldroyd & Blakeley, Act.-Ges. in Grünberg i./Schl.		1 500
84.	Actien d. Farbwerke, vorm. Meister Lucius & Brüning in Höchst a./M.		10 000

Digitized by Google

in Davon Points zu ℳ	Emiss.-Cours %	Cours am 1. December 1890	Cours am 31. December 1891	Eingeführt am	Bemerkung
[illegible] à 1000	149	8. 12. 90 106 bzG	84,50 bzG	14. 5. 89	
[illegible] à 1000	150	159,75 B	125	7.—20. 5. 89	f. d. alten Action
[illegible] à 1000	122	84,25 bzG	42,75 G	21. 5. 89	
[illegible] à 1500	114	107,50 bzG	93 bzB	1.—21. 5. 89	f. d. alten Action
2000 à 1000	203,50	190,10 G	185,50 bzG	21. 5. 89	
1000 à 1000	125	90 B	74¾ am 31. 10. 89	23. 5. 89	
150 à 1000	130	134 bzG	110,75 bzG	18.—28. 5. 89	f. d. alten Action
6300 à 500	97,50	101,70	98,50 G	27. 5. 89	
550 à 1000	130	56,50	32,50 bz	18.—22. 5. 89	f. d. alten Action
1500 à 1000	99,75	95,50	95 bz	28. 5. 89	
3000 à 1000	180	152 bzG	138,75 bzG	18.—31. 5. 89	f. d. alten Action
1500 à 1000	133	70,25 G	50 am 25. 9.	4. 6. 89	
550 à 1000	125	122 bzG	90 bzG	16.—31. 5. 89	f. d. alten Action
2000 à 600 / 1000 à 1000	102	103 B	100,10 bz	6. 6. 89	
335 à 1200	130	2. 12. 90 128,75 G	87,25 bzG	23. 5. – 6. 6. 89	f. d. alten Action
1300 à 1000	145	117 bzG	50,25 G	4. 6. 89	
1200 à 1000	120	104,50 G	98	24. 5. 89	
500 Obl. à 1000 / 1000 à 500	102	31. 12. 90 100 G	103 bzG	17. 6. 89	
10 000 à 1200	136,50	153,75 G	132,10 bz	24. 5. 8. 6. 89	f. d. alten Action
850 à 400 / 350 à 2000	140	192,25 G	225 G	15. 6. 89	
1375 à 1000	128	117,25 bzG	68,75 G	29. 5.—4. 6. 89	f. d. alten Action
1800 à 1000	122,50	93,60 G	79,40	20. 6. 89	
1000 à 1000	150	181,75 bzG	138,75 bz	3. – 17. 6. 89	f. d. alten Action
905 à 1200 / 1 à 1800	110	104 bzG	94,50 bzG	4. 6 89	für die alten Actio Subscr. 115 %
1200 à 1000	131	127,50 G	83,50 B	5. 7. 89	
800 à 1000	106	66 bzG	44,75 G	6.—12. 6. 89	
1100 à 1000	130	116 G	78	3. 7. 89	
7000 à 1000	125,50	3. 12. 90 106,50 G	145,25 bzG	3. 7. 89	
1500 à 1000	147,25	186 G	188 bzG	13. 6.—2. 7. 89	f. d. alten Action
1500 à 1000	99,50	94 G	80	6. 7. 89	
10 000 à 1000	260	287,75 G	283,50 B	31. 7. 89	

Digitized by Google

Lfd. Nr.	Benennung der Werthpapiere.	Auch eingeführt an der Börse zu:	Nominalbetrag
85.	4½ % Theil-Schuldverschr. d. Stettiner Maschinenbau-Anstalt u. Schiffsbauwerft, Act.-Ges., vorm. Möller & Holberg	Dresden	1 000 0
86.	Actien d. Mechanischen Weberei in Zittau		1 200 0
87.	4½ % Hypothek.-Oblig. d. Dortmund. Steink.-Bergw. Louise Tiefbau, Act.-Ges. in Barop bei Dortmund		1 100 0
88.	Actien d. Act.-Ges. Zeche Dannenbaum zu Bochum . . .	Cöln	3 500 0
89.	neue Actien dto. dto.	„	4 000 0
90.	neue Actien dto. dto.	„	3 500 0
91.	Prior.-Act. d. Stettiner Maschinenbau-Anstalt u. Schiffswerft, vorm. Möller & Holberg		1 350 0
92.	Bergwerks-Actien-Gesellsch. Consolidation zu Schalke i./W.		16 000 0
93.	A. Wilhelmy, Act.-Ges. zu Hattenheim		1 800 0
94.	Actien d. Adolph H. Neufeldt Metallw.-Fabr. u. Emaill.-Werk, Act.-Ges. in Elbing		1 000 0
95.	Actien d. Blechwalzwerks Schulz Knaudt, Act.-Ges. . . .		4 000 0
96.	Verein. vorm. Pong'sche Spinnereien u. Webereien, Act.-Ges.		3 000 0
97.	Actien d. Berliner Jute-Spinnerei u. Weberei zu Stralau		2 500 0
98.	Actien d. Eppendorfer Indust.-Ges., vorm. König & Rebentisch		1 700 0
99.	Neue Stamm-Prior.-Actien d. Tarnowitzer Act.-Ges. f. Bergbau u. Eisenhüttenbetrieb		600 0
100.	Neue Actien der Act.-Ges. f. Anilin-Fabrication . . .		900 0
101.	Actien d. Act.-Ges. Steinkohlenbergwerks Nordstern zu Essen		4 230 0
102.	Actien der Maschinenbau-Anstalt, Eisengießerei u. Dampfkessel-Fabrik H. Pauckſch. Act.-Ges. zu Landsberg a./W.		2 000 0
103.	Actien der Mühlenbauanstalt, Maschinenfabrik und Eisengießerei, vorm. Gebr. Seck zu Darmstadt		1 150 0
104.	Actien des Schalker Gruben- u. Hüttenvereins zu Gelsenkirchen		4 000 0
105.	Actien d. Rauchwaaren-Zurichterei und Färberei, Act.-Ges., vorm. Louis Walters in Markranstädt bei Leipzig .	Leipzig	1 200 0
106.	Actien der Kattowitzer Act.-Ges. für Bergbau und Eisenhüttenbetrieb zu Kattowitz	Breslau	16 000 0
107.	Actien d. Bergwerks-Ges. Hugo bei Buer i./W.	Frankfurt a./M.	4 000 0
108.	Actien d. Grube Leopold bei Edderitz, Act.-Ges.		3 000 0
109.	Actien des Vereins für Zellstoff-Industrie, Act.-Ges. zu Dresden	Dresden, München, Frankfurt a./M.	1 700 0
110.	Actien d. Baroper Walzwerks, Act.-Ges.		1 000 0
111.	Prior.-Actien d. Wissener Bergwerks- u. Hütten-Act.-Ges.		2 400 0
112.	Actien d. Bochumer Vereins f. Bergbau u. Gußstahl-Fabr.	Cöln	4 500 0
113.	Actien d. Rhein. Anthracit-Kohlenwerke in Kupferdreh .		1 800 0
114.	Actien d. Gelsenkirchener Gußstahl- u. Eisenwerke, vorm. Munscheid in Gelsenkirchen	Frankfurt a./M.	2 100 0

Digitized by Google

Davon Apoints zu ℳ	Emiss.-Cours %	Cours am 1. December 1890	Cours am 31. December 1891	Eingeführt am	Bemerkungen
{1600 à 500} {1000 à 200} 1200 à 1000	101,50	102 G	103,50 G	3. 8. 89	
11[illegible] à 1000	150	136 G	127,10 G	13. 8. 89	
35[illegible] à 1000	100,50	7. 1. 91 100,50 G	102 G	8. 8. 89	
4[illegible] à 1000	127,50	125,50	82,75 bz	28. 8. 89	
[illegible] à 1000	132	125,50		2.—16. 11. 89	wurden nicht besonders notirt
3[illegible] à 1000	156	125,50		8. — 22. 2. 90	
1[illegible]50 à 1000	115	96,60 G	94 G	14. 9. 89	
[illegible]00 à 1000	165	171,25 bz	153,50 bz	3. 9. 89	
[illegible]00 à 1000	123	106,50 B	74,10 G	7. 9. 89	
[illegible]00 à 1000	128	110,10 bz G	89,75 bz	10. 9. 89	
[illegible]00 à 1000	152	144 G	130,50 bz G	19. 9. 89	
[illegible]000 à 1000	127	92,75 G	66,25 G	19. 9. 89	
{4000 à 500} {500 à 1000}	130	101,80 G	85 bz G	20. 9. 89	
1700 à 1000	148	58,50 bz G	64 am 19. 3.	3. 10. 89	
400 à 1500	110¼	72,50 bz B	29½	5. 10. 89	
900 à 1000	155	159,75 bz G	138 bz G	9. — 21. 9. 89	für alte Actionäre
1410 à 300	105	75 bz G	46,50 bz G	23. 10. 89	
2000 à 1000	107	2. 1. 91 106 G	91 am 4. 9.	16. 11. 89	
1150 à 1000	130	111,25 G	91 G	22. 11. 89.	
4000 à 1000	138	109,25 G	85,50 bz G	20. 11. 89.	
1200 à 1000	130	100 bz G	89 B	7. 12. 89.	
[illegible]600 à 1000	140	123,60 G	122,75 bz G	13. 12. 89.	
[illegible]000 à 400	149	107,50 bz G	94,50 bz	9. 12. 89	
[illegible]000 à 1000	120	90 bz	75,50 G	11. 12. 89	
1700 à 1000	123	111,25 G	62 B	14.—15. 8. 90	
1[illegible]00 à 1000	156	116 G	66,50 G	6. 1. 90	
[illegible]400 à 1000	115	77 bz G	47,50	14. 1. 90	
[illegible]000 à 1500	225	154,75 bz	117,50 bz	Jan. 90	
	Uebernahme-Cours				
1[illegible]00 à 1000	140	107,90 bz G	79 bz	9. 1. 90	
21[illegible]00 à 1000	148½	10. 12. 90 124 G	133,25 bz	10. 2. 90	

Digitized by Google

Lfd. Nr.	Benennung der Werthpapiere	Auch eingeführt an der Börse zu	Nominalbetrag
115.	Preuß. Hypotheken-Versicherungs-Actien, vollgez. 1890 .		3 000
116.	Actien d. Deutschen Jute-Spinnerei u. -Weberei in Meißen	Dresden	316 8
117.	Neue Vorzugs-Actien d. Sächs. Kammgarn-Spinnerei, vorm. O. F. Solbrig zu Harthau		2 000
118.	Dortmunder Bergbau-Vorzugs-Actien		666
119.	Actien d. Berlin-Rüdersdorfer Hutfabrik, Act.-Ges. . . .		1 500
120.	Neue Actien der Dortmunder Steinkohlen-Bergwerks-Ges. Louise Tiefbau	Frankfurt a./M.	1 886
121.	Stamm-Prior. d. Façon-Schmiede- u. Schrauben-Fabrik .		300
122.	Actien der Deutschen Dampfschifffahrts-Ges. „Hansa", Stammlinie	Hamburg	2 000
123.	Actien d. Portland-Cement-Fabrik, vorm. A. Giesel . .	Breslau	300
124.	Actien d. Leipziger Bank	Leipzig	24 000
125.	4½ % hypoth. sicher gestellte Anleihe d. Berliner Hotel-Ges. von 1890		1 200
126.	Junge Actien der Pulverfabrik Rottweil-Hamburg . . .		900
127.	Prior.-Actien Lit. B. d. Hannoverschen Maschinenbau-Act.-Ges., vorm. Georg Egestorff in Linden vor Hannover		1 307
128.	Actien d. Kaliwerke Aschersleben	Frankfurt a./M.	12 000
129.	Neue Act. d. Deutschen Thonröhren- und Chamotte-Fabrik		175
130.	Neue Actien d. Schlesischen Dampfer-Compagnie, vorm. Christian Priefert in Breslau	Breslau	1 000
131.	Conv. u. neue Actien der Annener Gußstahlwerke . . .		conv. 62 neue 20
132.	Vorzugs-Actien des Actien-Bau-Vereins Unter d. Linden .		6 096
133.	Actien d. Concordia-Bergbau-Act.-Ges. zu Oberhausen . .	Frankfurt a./M.	6 500
134.	Stamm-Prior. d. Engl. Wollwaaren-Manufactur, vorm. Oldroid & Blacley i./Grünberg		1 000
135.	Actien d. Bergbau-Act.-Ges. Massen-Niedermassen bei Unna i. Westf.	Frankfurt a./M.	4 000
136.	Actien d. Eisenhüttenwerkes Marienhütte b./Kotzenau . .		180
137.	Neue Actien A. Wilhelmj, Act.-Ges. zu Hattenheim . . .		600
138.	Actien d. Act.-Ges. Maschinenbauanstalt u. Eisengießerei, vorm. Th. Flöther in Gassen i./Lausitz	Breslau	1 400

Digitized by Google

Davon à Apoints zu ℳ	Emiss.-Cours %	Cours am 1. December 1890	Cours am 31. December 1890	Eingeführt am	Bemerkungen
2000 à 1500	bisher 25	Vollzahlung	101,75 bz G	Jan. 90	
264 à 1200	150	142 G	145 bz B	20. 3.–1. 4. 90	für alte Actionäre
2000 à 1000	110	103 bz G	73 bz G	15.—24. 2. 90	für die alten Actionäre
550 à 1200	105	101 bz G	36	1.—15. 4. 90	
1500 à 1000	121	115,50 G	89	12. 4. 90	
1886 à 1000	105	112,50 bz G	115,10 bz	10.—24. 4. 90	für alte Actionäre
300 à 1200	210	183,50 G	78	15. 4. 90	
2000 à 1000	152	126,75 G	91,75 G	8. 5. 90	
300 à 1000	125	122 bz G	95,50 bz G	20. 3.–2. 4. 90	
1000 à 1000	132	127,25 G	124 bz G	10. 5. 90	
(2000 à 500 A) (1000 à 200 B)	100 bz G	100,50 G	100,40	17. 5. 90	
750 à 1200	300	Fusionirt		21.—25. 7. 90	f. alte Actien. Bis zur Durchführung der Conversion wurden junge Actien gar nicht u. später, wo sie dividendenberechtigt waren, gleich den alten Actien notirt
4357 à 300	Durch Zuzahl. 150 ℳ pr. Actie	87 G	98,60 bz G	21. 2.—7. 3. 90	
1000 à 1000	$142^1/_2$	137 G	133,50 G	19. 6. 90	
175 à 1000	ca. 164	173,50 G	159 bz G	21. 6. 90	
1000 à 1000	110	$123^1/_4$ B	80	15.–25. 1. 90	f. d. alten Actionäre
(2082 à 300) (200 à 1000)	121	120,10 bz G	126,50	5. 7. 90	
5080 à 1200	Zuzahl. ℳ 400 auf je 1200 Nom.	60,25 G	$37^3/_4$	14.—28. 5. 90	
4500 à 1000	130	123 bz G	89 bz	29. 7. 90	
1000 à 1000	2 Actien à 500 ℳ und 250 ℳ baar	2. 1. 91. $127^1/_2$ G	78 am 26. 10	10.—12. 6. 90	
4000 à 1000	120	83,50 G	60,75 bz G	29. 8. 90	
150 à 1200	—	79 bz G	51,50 bz G	August 1890	von Letzteren al pari von d. Gesellsch. übernommen
600 à 1000	105	104 G	74,10	26. 7.—7. 8. 90	f. d. alten Actionäre
1400 à 1000	125	117 bz G	91 bz G	10. u. 11. 10. 90	

Digitized by Google

Lfd. Nr.	Benennung der Werthpapiere	Auch eingeführt an der Börse zu	Nomina betrag
139.	Actien d. Bergwerks-Gesellschaft Courl zu Courl i./Westf.	Frankfurt a./M.	6 000
140.	Neue Actien d. Allgem. Elektricitäts-Gesellsch.	Frankfurt a./M.	4 000
141.	Aetien d. Vereinigten Cöln-Rottweiler Pulverfabriken	Hamburg, Cöln	16 500
142.	Actien d. Düsseldorfer Chamotte- & Tiegelwerke, vorm. P. J. Schorn & Bourdois, Act.-Ges. zu Düsseldorf		1 000
143.	Bochumer Vorzugs-Actien, Lit. C. lt. Gener.-Versamml. v. 11. 6. 90		600
144.	Neue Actien der Bergwerks-Ges. Hibernia	Cöln	5 600
145.	Vorzugs-Actien d. Sächs. Kammgarn-Spinnerei v. Harthan	Dresden	2 000
146.	Eisenwerke Gaggenau, Act.-Ges., neue Actien		1 000
147.	Neue Actien des Dresdner Bank-Vereins		3 000
148.	Neue Actien der Hamburger Hypotheken-Bank	Hamburg	1 500
149.	Neue Actien der Charlottenburger Wasserwerke, Act.-Ges.		1 000
150.	Neue Actien d. Bismarckhütte, Act.-Ges.		600
151.	Actien d. Brauhauses Nürnberg, vorm. Bernreuther i. Siebel	Frankfurt a./M.	1 800
152.	Neue Actien d. Oberschles. Eisenindustrie, Act.-Ges.		3 450
153.	4 % Hypoth.-Anl. d. Graf Hugo Henckel von Donnersmarck		circa 11 000
154.	Neue Actien d. Lichterfelder Bauvereins		238
155.	Neue Actien d. Hagener Gußstahl-Act.-Ges.		312
156.	Neue Actien d. Verein. Pommerschen Eisengießerei und Halleschen Maschinenbau-Anstalt		300
157.	Neue Actien d. Deutschen Thonröhren- u. Chamotte-Fabr.		250
158.	Neue Actien d. Chemnitzer Baugesellschaft		567
159.	Neue Actien d. Essener Bergwerk-Vereins König Wilhelm	Cöln	3 000
160.	Neue Actien d. Wilhelmshütte, Act.-Ges. f. Maschinenbau und Eisengießerei		1 000
161.	Neue Actien der Nähmaschinen-Fabrik, vormals Frister & Roßmann		500
162.	Neue Actien d. Union-Baugesellschaft		360
163.	Neue Actien d. vorm. Herzogl. Anhalt. Maschinenanstalt und Eisengießerei		250
164.	Neue Actien d. Braunschweig. Act.-Ges. für Jute- u. Flachs-Industrie		375
165.	Neue Actien d. Deutschen Genossenschafts-Bank v. Sörgel, Parrisius & Co.	Frankfurt a./M.	6 000
166.	Neue Actien d. Actien-Baugesellschaft Ostend		300
167.	Neue Actien d. Gelsenkirchen Bergw.-Act.-Ges.	Hamburg, Cöln, Frankfurt a./M.	6 000
168.	Neue Actien d. Bismarckhütte (s. 150)	Breslau	600
169.	Neue Actien d. Deutschen Asphalt-Act.-Ges.	Hannover	500

Digitized by Google

Davon Apoints zu ℳ	Emiss.-Cours %	Cours am 1. December 1890	Cours am 31. December 1891	Eingeführt am	Bemerkungen
00 à 1000	121	100 bz G	61 bz G	23. 9. 90	
00 à 1000	165	181¾ bz G	138,75 bz	30.8.—12.9.90	f. d. alten Actionäre
50 à 1200	185	181 bz G	157,50 bz G	Ende Sept. 90	
00 à 1000	120	119,50 G	110 am 20. 5	8. 10. 90	
00 à 1000	100	99,10 bz G	44 B	—	von derselb. übernommen
67 à 1200	145	161,60 G	122 bz G	2.—20. 10. 90	f. d. alten Actionäre
00 à 1000	101,50	103 bz G	73 bz G	17. 11. 90	Einführ. der am 15.—24. 2. 1890 den Actionären zum Bezuge angebotenen Stamm-Priorit.
00 à 1000	105	4. 12. 90 91,50 bz G	32,10 bz G	25.—29.11.90	f. d. alten Actionäre
00 à 1000	117,50	119,50 bz G	110 bz G	10. 11. 90	
00 à 1500	115	2. 2. 91 120 bz	127,10 G	1.—15. 11. 90	f. d. alten Actionäre
00 à 1000	105	200 B	215	15.—25.11.90	f. d. alten Actionäre
00 à 1000	150	166 bz G	123 bz G	15.—29.11.90	f. d. alten Actionäre
00 à 1000	130	112 bz G	38	29. 6. 89	
50 à 1000	150	163½ G	124,50 bz G	6. 6.—9. 7. 89	für alte Actionäre
bschn. à 500, 00 und 5000	Con-vertrg.	2. 12. 90 103 B	100,90 bz	1. — 30. 6. 89	Convertirung der 4½ u. 4 % Anleihe
267 à 1000, 1 à 1500	106	72 G	75 bz G	2. — 15. 6. 89	für alte Actionäre
12 à 1000	100	138½ bz	116,25	17. 4.—3. 5. 89	do.
00 à 1000	120	77¼	65,75 bz G	12.—19. 6. 89	do.
50 à 1000	130	173,50 G	159	9. — 18. 7. 89	do.
67 à 1000	115	116½ G	89 bz G	8. — 25. 7. 89	do.
00 à 1000	135	174,30 bz G	152 et bz B	3. — 12. 9. 89	do.
00 à 1000	108	94¾ G	58 bz G	10.—12. 9. 89	do.
00 à 1000	100	69¼ G	75 bz G	12.—28. 9. 89	do.
60 à 1000	109	130,10 bz G	120	18.—31.10.89	do.
50 à 1000	100	107½ G	99	21.10.-1.11.89	do.
75 à 1000	145	126¼ B	115 bz G	5.—20. 11. 89	do.
00 à 1200	120	127,10 G	122,25 G	29.10.-9.11.89	do.
50 à 1200	101	61 G	37	4.—12. 11. 89	do.
00 à 1200	150	173½ bz	133,25 bz	15.11.-5.12.89	do.
00 à 1000	150	166 bz G	123 bz G	20. 11.—18. 12. 89	do.
00 à 1000	105	70 G	65	25.11.-2.12.89	do.

Digitized by Google

Lfd. Nr.	Benennung der Werthpapiere	Auch eingeführt an der Börse zu	Nomina betrag
170.	Neue Actien d. Anhalt-Dessauer Landesbank	Leipzig, Magdeburg	1 500
171.	Neue Actien d. Berliner Handels-Gesellschaft	Frankfurt a./M., Cöln, Hamburg	10 000
172.	Neue Actien d. Rhein. Westfälischen Bank	Cöln	1 500
173.	Neue Actien d. Lindener Act.-Brauerei, vorm. Braude & Meyer		126
174.	Neue Actien d. Bremer Bank	Bremen, Hamburg, Hannover	3 393
175.	Neue Actien d. Sächsisch. Maschinenfabrik Hartmann zu Chemnitz	Dresden, Leipzig	750
176.	Neue Actien d. Harpener Bergbau-Act.-Ges.	Cöln	12 000
177.	Neue Actien d. Preuß. Hypotheken-Actien-Bank		3 960
178.	Neue Actien d. „Glückauf"-Act.-Ges. für Braunkohlenverwerthung		450
179.	Neue Actien, Stamm-Prior., der Dortmund-Gronau-Enschede-Eisenbahn		1 500
180.	Neue Actien d. Union-Fabrik chemischer Producte . . .		450
181.	Actien d. Vereinigt. Pommerschen Eisengießerei und Hallesschen Maschinenbau-Anstalt		300
182.	Neue Actien des Dortmunder Bank-Vereins		1 000
183.	do. d. Nationalbank für Deutschland	Frankfurt a./M.	9 000
184.	do. d. Allgemeinen Deutschen-Handels-Gesellschaft		500
185.	do. d. Düsseldorfer Eisen- u. Draht-Industrie .		540
186.	do. d. „Hugo"-Bergwerks-Act.-Ges.	Frankfurt a./M., Cöln	1 500
187.	do. d. Internationalen Bank in Berlin	Frankfurt a./M.	10 000
188.	do. d. Norddeutschen Bank	Hamburg	15 000
189.	do. d. Schlesischen Act.-Ges. f. Portland-Cement-Fabrication	Breslau	650
190.	Abgest. Actien der „Phönix"-Act.-Ges. f. Bergbau u. Hüttenbetrieb	Cöln	1 500
191.	Neue Actien d. Schlesischen Bankvereins in Breslau . .	Breslau, Frankfurt a./M., Leipzig	4 500

Digitized by Google

Davon Apoints zu ℳ	Emiss.-Cours %	Cours am 1. December 1890	Cours am 31. December 1891	Eingeführt am	Bemerkungen
		2. 12. 90			
000 à 1500	130	141 G	138 G	2.—14. 12. 89	für alte Actionäre
000 à 1000	150	155½ bz G	126,50 bz	23.11.–7.12.89	do.
002 à 1500	101	84 bz G	109 B	16.–23. 12. 89	do.
126 à 1000	280	273,50 G	264	20.—28. 1. 90	do.
393 à 1000	115¾	109½ bz G	104,50 bz G	2. — 15. 1. 90	do.
925 à 1200	150	144 bz G	129,75	10.–24. 11. 89	do.
000 à 1200	3 600 000 à 220 % Rest freihändig	201,25 bz G	142,25 bz	23. 12. 89 bis 6. 1 90	ℳ 3 600 000 für alte Actionäre
900 à 1200	108	120,25 G	119,25 G	1.—15. 1. 90	für alte Actionäre
500 à 1500	103	84,50 B	57	13.—25. 1. 90	do.
250 à 1200	110	110,75 bz	101,75 bz G	20. 1.—5. 2. 90	do.
875 à 1200	132	134 bz G	110,75 bz G	20.—30. 1. 90	do.
000 à 1500	100	77¼ bz	65¾	3.—10. 2. 90	do.
		2. 12. 90			
334 à 1200	107½	107½ B	101 G	4.—10. 2. 90	do.
500 à 1200	130	126¾ bz	111,10 bz	8.—15. 2. 90	do.
		18. 12. 90			
500 à 1000	110	75 bz G	42 bz G	12.—26. 2. 90	do.
	112	. . . . .	. . . . .	. . . . .	Subscript.
150 à 1200	105	92 B	56,50 bz G	15.—28. 2. 90	für alte Actionäre
150 à 1200	102	107,50 bz G	94,50 bz	24.2.—27.3.90	do.
000 à 1000	117½	107 bz G	101,75 bz	1.–8. 3. 90	do.
		2. 12. 90			
000 à 1500	150	164½ bz	136,80 G	5.—20. 3. 90	do.
950 à 1000	100	136,25 bz G	123,75 bz G	14.3.—17.4.90	do.
1250 à 1200	112½	110½ bz	99,10 bz	28.3.—15.4.90	Umtausch f. alte Actien Lit. B.
500 à 3000	125	122,70 B	109,25 bz G	5.–23. 12. 89	f. d. alten Actionäre

Digitized by Google

V.

Gutachten des Herrn Justizrath M. Levy zu Berlin

über die Frage:

Haben sich die durch die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründungen bewährt, oder empfiehlt sich eine anderweitige Gestaltung derselben?

Die nachfolgenden Erörterungen werden sich lediglich auf die Actiengesellschaft beschränken. Die Actien-Commanditgesellschaft ist seit vielen Jahren eine so seltene Erscheinung geworden, daß es sich kaum verlohnen dürfte, für eine Reform dieser Art von Handelsgesellschaften die Organe der Gesetzgebung von Neuem in Anspruch zu nehmen. Während der Zeit von 1871—1883 sind nach der den Motiven des Bundesraths-Entwurfs der Actiennovelle vom 18. Juli 1884 beigegebenen statistischen Uebersicht (Anlage B) in der ganzen preußischen Monarchie nur 19 Actien-Commanditgesellschaften errichtet (mit Einrechnung der „zu unbekannter Zeit" errichteten vier). Bei dem Amtsgericht Berlin I sind, wie die diesem Gutachten angehängte Zusammenstellung ergiebt, seit dem Inkrafttreten der Novelle von 1884 bis zum 15. Februar 1892 nur drei Actien-Commanditgesellschaften gegen 150 neu gegründete Actiengesellschaften eingetragen worden. Von denselben ist die erste (Nr. 10), am 6. Februar 1886 mit einem Grundcapital von 400 000 Mk. errichtete, bereits nach drei Jahren unter Erhöhung des Capitals auf 1 200 000 Mk. in eine Actiengesellschaft umgewandelt (welche bei den erwähnten 150 Actiengesellschaften allerdings mitgezählt ist); die zweite (Nr. 104) mit einem ursprünglichen

Digitized by Google

Grundcapital von 340 000 Mk. (später um 100 000 Mk. erhöht) ist eine Colonialgesellschaft, für welche die gewählte Form in Ermangelung geeigneter gesetzlicher Formen von Colonialgesellschaften [1]) wohl nur ein Nothbehelf war, dem durch das Reichsgesetz vom 20. April 1892 über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, R.G.Bl. S. 477, nunmehr abgeholfen sein dürfte; die dritte dieser Actien-Commanditgesellschaften (Nr. 130) mit einem ursprünglichen Grundcapital von 150 000 Mk. (seitdem auf 220 000 Mk. erhöht) ist ohne erhebliche Bedeutung, auch sind die Actien derselben nicht im Börsenverkehr.[2])

Bekanntlich ist im Verfolg der Entfesselung des Actienwesens durch das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 trotz der darin enthaltenen Normativ-Bestimmungen für die Errichtung von Actiengesellschaften eine solche Fluth von unsoliden Gründungen eingetreten, daß dadurch eine allgemeine wirthschaftliche Krisis hervorgerufen wurde und der Nationalwohlstand im Deutschen Reiche — abgesehen von einzelnen Speculanten, welche sich mit dem Schaden des großen Publicums bereicherten — erhebliche Einbußen erlitt, von denen er sich nur langsam erholte. Die darauf entstandene Reformbewegung fand ihren Abschluß in der Actiennovelle vom 18. Juli 1884 (Reichsgesetz betr. die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften von dem genannten Tage, R.G.Bl. 1884 Nr. 22 S. 123, in Kraft getreten am 14. August 1884). Dieses Gesetz hat die gegen unsolide Gründungen gerichteten Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. Juli 1870 durch mannigfache und zahlreiche neue Cautelen vermehrt und erweitert, von denen die hauptsächlichsten nachstehend unter Angabe der bezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs (neuer Fassung) kurz zusammengestellt werden sollen:

I. Nominalbetrag der Actien.

1. Erhöhung des regelmäßigen Mindestbetrages der Actien von 150 bezw. 300 Mk. auf 1000 Mk. ohne Unterschied der Namens- oder Inhaber-Actien und Interimsscheine, Art. 207 a Abs. 1, 3; allerdings unter Zulassung gewisser Ausnahmen für

---

[1]) Vgl. die Begründung des Entwurfes eines Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1891 S. 24 und die dort citirten Schriften von Esser, Simon, Ring u. Rießer.

[2]) Ganz vor Kurzem ist allerdings wieder eine Actien-Commanditgesellschaft in Berlin, Gerson & Co., errichtet. Es bleibt abzuwarten, ob diese Form nicht als bloßes Uebergangsstadium gewählt ist.

Digitized by Google

Namens-Actien zum Mindestbetrage von 200 Mk., Art. 207a Abs. 2, 3;

2. Die Beseitigung der sogenannten Actienantheile, Art. 207.

II. Zusammenbringung des Grundcapitals.

3. Erhöhung der ersten obligatorischen Baareinzahlung (von 10 pCt.) auf 25 pCt. des Nominalbetrages, zuzüglich der den Nominalbetrag übersteigenden Summe bei einer Ueberpari-Ausgabe der Actien, Art. 207 Abs. 3;
4. Verbot der Unterpari-Ausgabe der Actien sowohl bei der ersten Gründung, als bei späterer Erhöhung des Grundcapitals, Art. 209a Abs. 2, 215a Abs. 2. Andererseits Zulassung einer Ueberpari-Ausgabe unter der Bedingung der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag, Art. 209a und Ueberweisung des Ueberschusses in den Reservefonds (analog bei der Capitals-Erhöhung), Art. 239b, 185b, 215a;
5. Ausschließung einer Erhöhung des Grundcapitals vor voller Einzahlung desselben, Art. 215a (mit einer Ausnahme für Versicherungsgesellschaften);
6. Verschärfung der Haftung aus der Actienzeichnung gegen den ersten Zeichner und dessen Rechtsnachfolger, insbesondere Aufhebung der Zulässigkeit einer Liberirung nach Einzahlung von 40 pCt. gemäß Art. 222 Nr. 2 früherer Fassung, Art. 219, 184—184c.

III. Errichtungs-Act.

7. Gebot der Statuten-Feststellung durch mindestens fünf Actionäre als Vorbedingung für die Errichtung der Gesellschaft, Art. 209 Abs. 1;
8. Erweiterung des obligatorischen Inhalts des Gesellschafts-Vertrages und des daraus zu veröffentlichenden Auszuges durch Aufnahme jedes für einzelne Actionäre bedungenen besonderen Vortheils, sowie des gesammten Gründungsaufwandes, bei Sacheinlagen von Actionären oder Uebernahme vorhandener oder herzustellender Anlagen oder sonstiger Vermögensstücke seitens der Gesellschaft durch Bezeichnung des betreffenden Actionärs oder Contrahenten, des Gegenstandes der Einlage oder Uebernahme und der dafür zu gewährenden Actien oder Vergütungen, Art. 209b, 210c Abs. 2 Nr. 1;

Digitized by Google

9. Schärfere Unterscheidung der Successiv- und der Simultangründung, weitere Ausgestaltung und Sicherung der ersteren, insbesondere durch Mitwirkung des Handelsgerichts, Art. 209a, 209d, 210a;
10. Bestimmung über die Personen der „Gründer" (als solche gelten diejenigen, welche das Statut festgestellt haben oder andere als durch Baareinzahlung zu leistende Einlagen machen, Art. 209c, bei einer Simultangründung mithin sämmtliche ersten Actien-Uebernehmer) und über deren Verpflichtungen bei Errichtung der Gesellschaft, namentlich zur Mitwirkung bei der Anmeldung, sowie bei qualificirten Gründungen zur schriftlichen Declaration der die Einlage- oder Uebernahmepreise rechtfertigenden Umstände, unter Angabe der bezüglichen Rechtsgeschäfte und der Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren, Art. 209g, 210 Abs. 4;
11. Prüfung des Gründungshergangs und Berichterstattung darüber durch die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths, eventuell (wenn Mitglieder zugleich Gründer sind oder der Gesellschaft ein Vermögensstück überlassen oder sich einen besonderen Vortheil ausbedungen haben) außerdem durch besondere — von den Organen der Handelsstandes, wo es möglich ist, zu ernennende — Revisoren, Art. 209h;
12. Zulassung einer eventuellen Nachprüfung des Gründungshergangs nach geschehener Eintragung der Gesellschaft durch gerichtlich zu ernennende Revisoren auf Antrag einer bestimmten Minderheit von Actionären, Art. 222a;
13. Ausdehnung der Anmeldungspflicht (der Gründer, Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrathes) auf Einreichung der bei qualificirten Gründungen geschlossenen Verträge, Berechnung des Gründungsaufwandes u. a. m., Art. 210;
14. Beschränkung späterer Einbringungen bestimmter Art und Höhe zur Umgehung der Gründungsvorschriften bei qualificirten Gründungen, Art. 213f;
15. Theilweise analoge Ausdehnung der Gründungsvorschriften auf die Erhöhung des Grundcapitals, Art. 215a, 215b, 215c;
16. Auch die Bestimmungen über die freie Auswahl der Personen des Aufsichtsraths, Art. 224, und gegen die Vermischung der Functionen des Aufsichtsrathes und des Vorstandes, Art. 225a, können zu den Cautelen des Errichtungsactes gerechnet werden.

Digitized by Google

IV. Beschränkung der Gründerrechte.

17. Ausschließung von Bezugsrechten (auf sog. junge Actien) vor dem Generalversammlungsbeschluß auf Erhöhung des Grundcapitals, Art. 215a, Abs. 4.

V. Civilrechtliche Verantwortlichkeit gegen die Gesellschaft aus dem Gründungshergange und der Emission von Actien.

18. Solidarische Verantworlichkeit der Gründer:
    a) für Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Erklärungen und Angaben,
    b) für bösliche Beschädigung durch Einlagen oder Uebernahmen,
    c) für Ausfälle bei zahlungsunfähigen Actionären, deren Zahlungsunfähigkeit sie kannten, Art. 213a Abs. 1—3;
19. Gleiche Verantwortlichkeit der Emissionshäuser bei öffentlichen Ankündigungen vor Eintragung des Gesellschaftsvertrages oder innerhalb der nächsten 2 Jahre, sofern sie die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die bösliche Schädigung seitens der Gründer gekannt haben oder unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes hätten kennen müssen, Art. 213b;
20. Verantwortlichkeit schlechtgläubiger Empfänger eines verheimlichten Gründungsaufwandes und jedes dritten Theilnehmers an böswilligen Schädigungen durch Einlagen oder Uebernahmen, Art. 213a Abs. 4;
21. Subsidiarische Haftung der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrathes für Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bei der ihnen auferlegten Prüfung, Art. 213c;
22. Beschränkungen von Verzichtleistungen und Vergleichen betr. die Ansprüche der Gesellschaft gegen die ihr verantwortlichen Personen, Art. 213d;
23. Garantien für die Geltendmachung der Ansprüche aus der Gründung, selbst auf Beschluß einer bestimmten Minderheit der Actionäre und Ordnung des bezüglichen Verfahrens, Art. 223, 193, 195, 237.

VI. Strafrechtliche Verantwortlichkeit.

24. Allgemeine Verschärfung der Strafbestimmungen gegen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrathes, Art. 249 ff., Aus-

Digitized by Google

dehnung von solchen auf die Gründer, Art. 249a Nr. 1, die Emissionshäuser, Art. 249a Nr. 2, sowie auf Jeden, der in öffentlichen Bekanntmachungen wissentlich falsche Thatsachen behauptet oder wahre Thatsachen entstellt, um zur Betheiligung an einem Actienunternehmen zu bestimmen, Art. 249d Nr. 1.

Von diesen Cautelen, denen vielleicht noch einige andere, nicht auf das Gründungsgeschäft selbst, sondern auf die Verwaltung der Gesellschaft bezüglichen Vorschriften wegen ihrer möglichen Rückwirkung auf die Entschlüsse der Gründer beigezählt werden könnten, richtet sich nur ein Theil direct auf die Herstellung möglichster Solidität des Unternehmens. Dazu gehören namentlich die unter II und IV angeführten, ferner die Bestimmungen betr. Ersatz für bösliche Beschädigungen durch Einlagen und Uebernahmen, sowie von Ausfällen bei zahlungsunfähigen Actionären Nr. 18b und c, 20; ebenso die unter Nr. 16 erwähnten Vorschriften betr. die Zusammensetzung und die Functionen des Aufsichtsraths. Der größere Theil der Cautelen bezweckt jedoch lediglich, die Offenbarung des gesammten Gründungshergangs, die Verhütung der Verschleierung von Gründergewinnen und der Täuschung des Publicums über die Qualität des Unternehmens. Die Tendenz des Gesetzes geht hierbei nicht auf einen unbedingten Schutz und eine Bevormundung derjenigen aus, welche sich an einem Actienunternehmen zu betheiligen oder Actien zu erwerben geneigt sind, sondern lediglich dahin, daß dem Publicum die Mittel zu einer selbstthätigen Prüfung des Unternehmens in ausreichender und unanfechtbarer Weise bereit gestellt werden.

Dabei ist noch durch die Bestimmungen über den Nominalbetrag der Actien (unter I) Vorsorge getroffen, daß das „kleine Capital", dessen Inhaber oft zu einer selbstthätigen Prüfung nicht befähigt sind, von der Betheiligung an Actiengesellschaften überhaupt zurückgehalten werde.

Daß alle vorstehend angedeuteten Cautelen einzeln und in ihrer Gesammtheit an der Entwicklung des Actienwesens seit der Novelle von 1884 spurlos vorübergegangen seien, wird Niemand zu behaupten wagen oder gar beweisen können. Im Gegentheil dürfte nicht bezweifelt werden, daß ein großer Theil namentlich der die Zusammenbringung des Grundcapitals betreffenden Vorschriften dazu beigetragen hat, eine solidere Basis für neugegründete Actiengesellschaften zu schaffen, als dies unter der Herrschaft der Novelle von 1870 geschehen wäre. Auch ist nicht zu verkennen, daß trotz der sehr bedenklichen Erscheinungen der Gründungsperiode von 1888–1890 ein so massenhafter Zusammenbruch von

Digitized by Google

Actiengesellschaften wie nach den Gründerjahren 1871/1872 nicht stattgefunden hat.[3]) Andererseits hat sich jedoch gezeigt, daß die Actien-Novelle von 1884 ein sehr erhebliches Wiederaufblühen speculativer Gründerthätigkeit und in deren Verfolg von Neuem große Verluste des Nationalvermögens nicht hat verhindern können. Die in den Jahren 1884—1890 im Deutschen Reiche gegründeten Actiengesellschaften belaufen sich im Ganzen auf 1114 mit einem Grundcapital von zusammen ca. 1180 Millionen Mark[4]) (gegen etwa 900 allein in Preußen von 1871—1883 mit einem Grundcapital von 2886½ Mill. Mark!)[5]) Eine Gründerthätigkeit, welche allerdings bei Weitem nicht die schwindelhafte Höhe der 70er Jahre erreicht, aber doch immer noch sehr respectabel zu nennen ist! Auf das Amtsgericht Berlin I entfallen nach der beigefügten Zusammenstellung auf die Zeit vom 31. Octbr. 1884 bis 15. Febr. 1892 150 Actiengesellschaften mit einem ursprünglichen Gesammtgrundcapital von 305 633 300 Mark. Von diesen sind 25 bereits wieder aufgelöst, darunter 6 durch Concurseröffnung, letztere mit einem Gesammtgrundcapital von 7 105 000. An der Berliner Börse sind die Actien von 41 dieser Gesellschaften mit einem Grundcapital von ca. 93½ Mill. Mk. eingeführt, sämmtlich mit einem Agio in den Grenzen von 8—64 pCt. Eine Vergleichung der Emissionscurse mit den Cursen Anfang April dieses Jahres ergiebt nur bei sechs Gesellschaften (zwei Brauereien, drei Terrain-Gesellschaften und einer Immobilien-Bank) einen Gewinn, bei allen übrigen einen Verlust und zwar meistentheils von bedeutender Höhe. Der Gesammtverlust des Publicums bei diesen letzteren beträgt etwa 24½ Millionen Mark, uneingerechnet die etwaigen Verluste bei Reductionen des Actiencapitals und auf die im Laufe der Zeit erhöhten Grundcapitalien[6]) Diesem Verluste steht der Gewinn bei sechs Gesellschaften in Höhe von etwa 4⅓ Mill. Mark gegenüber, so daß der Cursverlust per saldo sich auf rund zwanzig Mill. Mark d. h. auf etwa 21⅓ % des Grundcapitals beziffert! Man dürfte berechtigt sein, sich daraus ein an-

---

[3]) Vgl. Hergenhahn, Das Reichsgesetz betr. die Commanditgesellschaften auf Actien u. s. w. Berlin 1891. Einleitung S. XXXVII.

[4]) Hergenhahn a. a. O. S. XXVII.

[5]) Statistische Uebersicht, Anlage B zu den Motiven des Bundesraths-Entwurfs von 1884.

[6]) z. B. bei der Internationalen Bank, die im Jahre 1889 neue Actien im Betrage von 20 Millionen Mark ausgegeben hat, welche den Actionären zum Curse von 117½ pCt. offerirt wurden und wohl zum Theil noch höher verwerthet sind, während der gegenwärtige Curs nach Auflösung der Gesellschaft 103 pCt. beträgt, was gegen 117½ pCt. einen Verlust von 2 900 000 Mark repräsentirt.

Digitized by Google

näherndes Bild von der Gesammtsumme der Cursverluste bei den seit der Novelle von 1884 im Deutschen Reiche gegründeten Actiengesellschaften, soweit deren Actien im Börsenverkehr sind, zu machen. Den Rückgang der Curse auf Rechnung einer wirthschaftlichen Krisis oder eines allgemeinen wirthschaftlichen Niederganges zu setzen, erscheint bei den gegenwärtigen normalen wirthschaftlichen Zuständen ausgeschlossen. Das Agio der Emissionscurse, soweit dasselbe bei dem ersterwähnten Verluste von 24½ Millionen mitverloren gegangen, d. h. zum Nachtheil des Publicums in die Taschen der Emissionshäuser geflossen ist, beläuft sich auf etwa 16 Millionen Mark. Die vielfach verbreitete Annahme (vgl. Voss. Zeitung 1892 Nr. 189), daß der Emissionsgewinn dem Reservefonds zufließe, beruht natürlich auf einem Mißverständniß des Art. 185b, welcher den Fall voraussetzt, daß die Gesellschaft selbst bei der ursprünglichen Ausgabe der Actien über Pari, nicht aber ein Actien verkaufendes Emissionshaus, einen Gewinn mache.

Für diesen Agio-Verlust kann allerdings der Gründungshergang an sich nicht veranwortlich gemacht werden, so wenig wie unzureichende gesetzliche Cautelen gegen die Unsolidität der Gründung, denn solche Cautelen können nur dahin gerichtet sein, daß das Grundcapital der Gesellschaft intact vorhanden ist und die Preise für Einlagen und Uebernahmen dem wahren Werthe entsprechen. Daß solche Agios bei der Emission von Actien gefordert und bewilligt werden, beruht zum Theil auf der blinden Spielwuth des in einer aufgeregten Gründerperiode auf Cursgewinn speculirenden Publicums, zum Theil auf der Leichtgläubigkeit und Unbesonnenheit der Actienkäufer, welche sich durch die in den öffentlichen Ankündigungen enthaltenen Rentabilitätsberechnungen bestechen lassen, den Werth der angebotenen Actien höher zu schätzen, als ihr wirklicher Werth ist, indem sie außer Augen lassen, daß namentlich bei industriellen Unternehmungen die Erträge von den jedesmaligen Conjuncturen abhängig und einem beständigen Wechsel unterworfen sind, sowie daß eine noch so tüchtige Leitung eines Actienunternehmens mit der Rührigkeit, Findigkeit und Beweglichkeit des Privatunternehmers nicht wetteifern kann. Die Frage, auf welche weiter unten zurückgegriffen werden soll, ob es nicht Aufgabe der Gesetzgebung ist, der verwerflichen Ausnutzung der Spielwuth und Leichtgläubigkeit des Publicums durch die Emissionshäuser vorzubeugen, mag hier zunächst dahingestellt bleiben. Hier ist vorerst zu prüfen, ob die engeren Ziele, welche die Novelle sich selbst gesteckt hat, als erreicht angesehen werden müssen. Diese Frage wird man Angesichts der Thatsache, daß bei 35 an der Börse ein-

Digitized by Google

geführten Gesellschaften nicht bloß der größte Theil des Agio-Gewinnes, sondern außerdem noch etwa acht Millionen Mark in wenigen Jahren am Pari-Curse verloren gegangen sind, kaum bejahen können; denn man wird schwerlich fehlgehen, wenn man diesen Verlust (abgesehen von einzelnen Ausnahmen) mit der Höhe der Gründergewinne und der Werthübersetzung der Einlagen und Uebernahmen in Verbindung bringt und daraus folgert, daß namentlich die gegen die Verschleierung solcher Umstände gerichteten Vorschriften des Gesetzes vielfach ihren Dienst versagt haben. Diese Annahme wird auch durch andere Thatsachen unterstützt. Zunächst muß es auffallen, daß, wie die beigefügte Zusammenstellung ergiebt, keine einzige der dort bezeichneten Actiengesellschaften durch Successiv-Gründung zu Stande gekommen ist. Von den in den Jahren 1885—1890 im Deutschen Reiche errichteten 1114 Actiengesellschaften sind nach der Uebersicht von Hergenhahn[7]) nur 113, also nur etwa 10 pCt. durch Successivgründung entstanden. Hiernach darf ohne Scheu behauptet werden, daß die Successivgründung mit allen Garantien, welcher sie von dem Gesetz gewürdigt worden ist, keine und allenfalls nur eine höchst minimale Bedeutung für die Errichtung von Actiengesellschaften beanspruchen kann, solange die weit leichter zu handhabende Simultan-Gründung neben derselben bestehen bleibt.

Weiter ergiebt sich aus der beigefügten Zusammenstellung die bemerkenswerthe Thatsache, daß die Namen einzelner von dem Organ des Handelsstandes zu Berlin ernannter Revisoren sehr häufig wiederkehren, z. B. die einiger Bücherrevisoren 26 mal bezw. 23 mal, eines Kaufmanns 23 mal, eines Ingenieurs 19 mal, verschiedener „Directoren" (von Gesellschaften) 13 mal, 12 mal u. s. w. Gegen die Gewissenhaftigkeit dieser Personen, welche zum Theil sogar gerichtlich bestellte Sachverständige sind, kann selbstverständlich nicht das Geringste eingewendet werden. Die so oft wiederholte Uebernahme der Revision läßt aber darauf schließen, daß sich ein Kreis berufsmäßiger Revisoren ausgebildet hat, welche dies Geschäft, wie es nicht anders erwartet werden kann, gegen Entgelt ausüben und ihre Belohnung von keinem Andern als den Gründern selbst erhalten. Dieses Resultat und das Unbefriedigende desselben ist von sachkundigen und scharfsichtigen Beurtheilern des Entwurfes der Actien-Novelle vorausgesagt worden. So sagt z. B. Wiener:[8])

---

[7]) a. a. O. S. XXVIII. Sollte die Ziffer 113 nicht versehentlich zu hoch gegriffen sein?

[8]) Wiener, Der Actiengesetz-Entwurf. Leipzig 1884 S. 22.

Digitized by Google

„In der That ist nicht abzusehen, wer sich dazu bereit finden sollte, ohne eigenes Interesse am Zustandekommen der Gesellschaft, ohne eine Belohnung dafür zu erhalten — denn die Ausbildung eines Berufes gewerbsmäßiger Gründungsprüfer würde sicher keine Garantie geben und wenn der Prüfer eine Belohnung erhält, so ist er eben wieder von den Gründern abhängig — bloß um sich mit einer Verantwortlichkeit zu belasten, diese Prüfungs-Aufgabe zu übernehmen."

Hierzu kommt, daß den Revisoren, um ihnen die Prüfung qualificirter Gründungen zu erleichtern und ihre Gewissenhaftigkeit nicht auf die Probe zu stellen, besondere Taxen unterbreitet zu werden pflegen, von Taxatoren, die ihren Auftrag und ihre Information ebenfalls von den Gründern erhalten, wie in der angehängten Zusammenstellung angedeutet ist. Eine solche Ausführung des Prüfungsgeschäftes, gegen welche das Gesetz keine Vorsorge trifft und wohl auch kaum treffen kann, bietet natürlich nicht diejenige Gewähr, welche zur Aufklärung des Publicums über die Qualität der Gründung unerläßlich ist. Weiter verfehlen aber die Revisionsberichte, auch wenn sie von ganz unabhängigen Personen erstattet werden, deshalb ihren Zweck, weil sie durch die bloße Niederlegung in den Beilageacten des Handelsregisters nicht zur Kenntniß des Publicums gelangen. Auch auf diesen Uebelstand ist schon mehrfach sowohl von der Kritik des Entwurfs[9]) als in der Folge von den Organen des Handelsstandes[10]) selbst aufmerksam gemacht. Mit Recht sagt Wiener, daß die Oeffentlichkeit der Register über das in den Auszügen bekannt Gegebene hinaus eine Fiction ist; man kann hinzusetzen: zumal für alle diejenigen, die nicht am Sitze des Gerichts, an welchem das Handelsregister geführt wird, ihren Wohnort oder Aufenthaltsort haben. Endlich giebt das Gesetz auch für den Umfang der Prüfungspflicht der Revisoren so geringe Fingerzeige, daß über die Frage, ob die Prüfung sich lediglich auf den formellen Hergang der Gründung oder auch auf die materielle Beurtheilung derselben erstrecken müsse, entgegengesetzte Ansichten aufgetaucht und sich keine einheitliche Praxis gebildet hat.[11]) Man ersieht aus allen diesen Thatsachen, daß die von der Actien-Novelle eingeführte Prüfung des Gründungsherganges nur

[9]) Vgl. z. B. Wiener a. a. O. S. 29 f.
[10]) Vgl. Hergenhahn a. a. O. S. XL ff.
[11]) Vgl. Hergenhahn a. a. O. S. XXXVII ff.

Digitized by Google

in den seltensten Fällen die Dienste leisten kann, die von ihr erwartet worden sind.

An einem Beispiele qualificirter Gründung soll nun ferner gezeigt werden, wie die Gründungsvorschriften der Actiennovelle von denjenigen, welche sich aus Speculation mit der Actien-Unternehmung beschäftigen, aufgefaßt bezw. umgangen zu werden pflegen. Der Führer eines Consortiums, welches sich zu dergleichen Speculationen in einer Gründerperiode vereinigt hat, sucht zunächst ein geeignetes Gründungsobject, selbstverständlich ein möglichst gut situirtes und rentables (von rein schwindelhaften Unternehmungen soll hier ganz abgesehen werden). Er setzt zu diesem Zwecke seine Agenten in Bewegung. Man bezeichnet ihm eine Fabrik, die seit längeren Jahren in lebhaftem Betriebe ist und gute Erträge abwirft, dergestalt, daß das Capital der Besitzer sich mit 10 bis 12 pCt. in den letzten Jahren verzinst hat. Er wendet sich an die Fabrikbesitzer. Diese zeigen sich zwar nicht abgeneigt, die Umwandlung ihres Etablissements in eine Actiengesellschaft zuzulassen, würden auch bereit sein, für die nächsten Jahre als Directoren die Leitung des Unternehmens fortzusetzen und einen Theil der Actien, etwa 10 pCt., selbst zu übernehmen, sie fordern indessen einen Preis, der ihr eigenes buchmäßiges Guthaben um 50 pCt. übersteigt, indem sie auf die hohen Erträge hinweisen und den „inneren" Werth ihres Fabriketablissements so hoch schätzen zu dürfen glauben, weil das um 50 pCt. erhöhte Capital bei Zugrundelegung der bisherigen Erträgnisse sich noch auf etwa 7 pCt. verzinsen würde. Es werden Sachverständige zu Rathe gezogen und befragt, ob sie bei gewissenhafter Prüfung im Stande seien, den Werth des Etablissements einschließlich aller Activa so hoch zu schätzen, daß der geforderte Preis gegeben werden kann, z. B. 1 350 000 Mk., obwohl die Geschäftsantheile der Besitzer buchmäßig nur 900 000 Mk. betragen. Die Sachverständigen prüfen Alles auf das Sorgfältigste und kommen zur Bejahung der Frage nicht bloß mit Rücksicht auf die bisherigen Erträgnisse, sondern auch auf andere Umstände, z. B. den seit der Erwerbung der Immobilien erhöhten Bodenwerth u. dgl. Nun ist die Sache so weit reif, daß der Führer des Consortiums mit den Fabrikbesitzern einen Vorvertrag schließen kann. Ein solcher ist schon darum nothwendig, weil Ersterer so wenig wie irgend ein anderes Mitglied des Consortiums als Gründer figuriren, dennoch aber die Herrschaft über das Unternehmen erlangen und behalten will, bis die Actien an der Börse verkauft sind. Der Vorvertrag hat in seinen Hauptzügen folgenden Inhalt: „Die beiden Besitzer verpflichten sich unter Zuziehung von drei anderen Personen,

Digitized by Google

eine Actiengesellschaft unter der und der Firma, mit dem Sitze da und da und einem Grundcapitale von 1 600 000 Mk. (wovon 1 350 000 Mk. zur Uebernahme der Fabrik, 250 000 Mk. als Betriebscapital gebraucht werden) zu errichten und zu diesem Zwecke sämmtliche Actien zum Nominalbetrage zu übernehmen mit Ausnahme der auf die drei Mitgründer fallenden drei Stück Actien à 1000 Mk. Die Besitzer haben ihr Fabriketablissement mit allen Activa (Passiva erledigen sie selbst) der Actiengesellschaft für 1 350 000 Mk. zu inferiren, wodurch die Einzahlung auf 1350 Actien à 1000 Mk. gedeckt ist. Ihr Gegencontrahent verpflichtet sich, ihnen diese 1350 Stück Actien für den Preis von 99 pCt. abzukaufen. (Mit Rücksicht auf den Capitalsgewinn der Besitzer haben sich dieselben entschlossen, ihrem Contrahenten auf sein Verlangen „zur Deckung der Unkosten" diese Provision von 13 500 Mk. zu bewilligen.) Auf den Preis sind bei Errichtung des Gesellschaftsvertrages 250 000 Mk. baar zu bezahlen. (So viel brauchen die Besitzer, um den Ueberrest der Actien voll anzuzahlen.) Diese Anzahlung ist jedoch von den Besitzern, welche die Direction der Gesellschaft für die nächsten zwei Jahre gegen ein Gehalt von so und so viel übernehmen, sofort dem Zahlenden als „dem Banquier" der Gesellschaft zurückzugeben, welcher diese Summe in seinen Büchern der Gesellschaft creditirt. Der Rest des Kaufpreises ist zu entrichten, sobald die Actien an der Börse untergebracht sind, spätestens nach Jahresfrist. Die Besitzer verpflichten sich, die ihnen verbleibenden 247 Stück Actien, sowie die drei Actien ihrer Mitgründer bei dem Gegencontrahenten auf eine bestimmte Zeit, z. B. ein Jahr, zu deponiren (damit nicht durch einen Verkauf an der Börse der Curs gedrückt werde), räumen auch demselben das Stimmrecht für diese Actien ein und verpflichten sich endlich, zu Mitgliedern des Aufsichtsraths nur diejenigen Personen zu erwählen, welche ihnen von ihrem Contrahenten bezeichnet werden."

Nachdem in Gemäßheit dieses Vertrages die Actiengesellschaft errichtet, vorschriftsmäßig angemeldet und eingetragen ist, wendet sich der Führer des Consortiums an das Börsencommissariat mit dem Ersuchen um Gestattung der Einführung der Actien an der Börse unter Einreichung der erforderlichen Unterlagen. Sobald diese Genehmigung ertheilt ist, werden die Actien mit einem der gehofften Dividende entsprechenden Agio an der Börse eingeführt und — bei der herrschenden günstigen Stimmung für Industriepapiere — glücklich und schnell an den Mann gebracht. Hat freilich die Börsenstimmung wider Erwarten gewechselt, so unterbleibt vorläufig die Einführung der Actien in Er-

Digitized by Google

wartung besserer Conjunctur, und es hängt dann das Gelingen der Speculation nur noch von der dauernden Capitalskraft des Banquiers und seiner Consorten ab. Ist dieselbe nicht ausreichend, so mag wohl ein Bankſturz eintreten, bei welchem das Publicum, auch das solideſte und nicht speculirende, auf andere Weise geschädigt wird; eine Erscheinung, die bekanntlich im Verfolg der Gründungsperiode 1888/90 nicht ausgeblieben ist.

Der beschriebene Gründungshergang spricht für sich selbst. Das Beste aber dabei ist, daß alle Betheiligten vollkommen legal gehandelt zu haben glauben; daß sie vermeinen, allen gesetzlichen Vorschriften auf das Genaueste nachgekommen zu sein und auch das Publicum nicht übervortheilt zu haben. Dieses aber erwacht von seinen Illusionen erst dann, wenn die Dividende in Folge ungünstigerer Conjuncturen, welche unausbleiblich sind, oder in Folge einer minder umsichtigen und energischen Verwaltung des Unternehmens sich verringert und dem entsprechend ein fortwährendes Sinken des Börsencurses sich bemerkbar macht. Der erwähnte Vorvertrag kann für einen großen Theil der qualificirten Gründungen durch Speculanten als typisch betrachtet werden. Was bedeuten danach alle gesetzlichen Cautelen gegen unsolide Gründungen? Der Gründer sind fünf an der Zahl, wie das Gesetz es vorschreibt, aber drei, häufig auch vier, sind bloße Strohmänner. Das Actiencapital ist voll eingezahlt; aber die Einlagen sind um 50 pCt. übersetzt trotz aller Taxen und Revisionen, und die Einzahlung auf das die Einlagen übersteigende Capital beruht auf einer bloßen Buchoperation trotz der Hin- und Herzahlung des Geldes. Die eigentlichen Gründer — das Consortium — bleiben hinter den Coulissen und brauchen weder civilrechtliche noch strafrechtliche Verantwortlichkeit zu fürchten. Das Verbot der Unterpari-Emission der Actien seitens der Gesellschaft hindert den Actienzeichner nicht, seine Actien an einen Banquier unter Pari zu begeben, und giebt die Veranlassung dazu, daß der Banquier sie weit über Pari an den Markt bringt! Das Facit ist, daß die Speculation in Actienunternehmungen sich unter der Herrschaft der Actiennovelle nicht unbehaglicher fühlt als vorher, und daß sie höchst beträchtliche Gewinne — wenn auch vielleicht nicht so unbescheidene und schwindelhafte, wie in der ersten Gründerperiode — aus den Taschen des Publicums zu ziehen versteht. Nur die Form ist verschieden, die Sache ist im Großen und Ganzen dieselbe geblieben.

Angesichts dieser Thatsachen kann die Beantwortung des ersten Theils der gestellten Frage nur dahin ausfallen,

Digitized by Google

daß die Cautelen der Actiennovelle vom 18. Juli 1884 gegen unsolide Gründungen sich nicht genügend bewährt haben.

Dieses Ergebniß ist so unerfreulich und steht so wenig im Einklange mit dem außerordentlichen Kraftaufwande, welcher auf die Reform des Actienwesens verwandt worden ist, daß man versucht sein könnte, eine weitere Reform im Voraus als nutzlos aufzugeben. In der That würde dies auch zutreffen, wenn man sich lediglich darauf beschränken wollte, einzelne besonders stark hervorgetretene Mängel zu beseitigen, oder gewisse Cautelen, z. B. die civilrechtliche oder strafrechtliche Verantwortung der Gründer und ihrer Genossen zu verschärfen. Die vielfach begehrte Erweiterung der den Revisoren auferlegten Prüfungspflicht würde den Kreis derjenigen, die sich für dieses Geschäft hergeben, nur noch mehr verengern, so daß schließlich nur noch gewerbsmäßige, von den Gründern abhängige Revisoren übrig bleiben. Die geforderte Veröffentlichung der Revisionsberichte muß zwar als ein dringendes und nützliches Postulat erachtet und sollte nicht mit dem Hinweis auf die verhältnißmäßig unerheblichen Kosten zurückgewiesen werden. Indessen darf man auch auf den Nutzen solcher Veröffentlichungen nicht zu große Hoffnungen bauen. Es giebt nicht Viele, welche es verstehen, derartige Berichte mit der erforderlichen Kritik zu prüfen, dagegen Manche, auf die ein geschickt abgefaßter Bericht — und für eine geschickte Abfassung der zu veröffentlichenden Berichte werden die Gründer noch größere Sorge tragen, als bisher — wie eine packende Reclame wirkt. Bestätigt wird dies durch die Erfolglosigkeit des an verschiedenen Börsen, so auch an der Berliner Börse gemäß § 13 der revidirten Börsenordnung vom $\frac{\text{15. Juli 1884}}{\text{20. März 1885}}$ für die Einführung neuer Actien geltenden Prospecten- und Ankündigungszwanges. (Vgl. dazu die im Börsen-Handbuch, herausgegeben von der Sachverständigen-Commission der Berliner Fonds-Börse für 1892 S. 104 ff. abgedruckten leitenden Gesichtspunkte bei Ausführung des § 13 der Börsenordnung.) Gefährlich wäre es, eine staatliche Behörde zur Prüfung des Gründungsherganges einzusetzen. Damit würde einerseits das Concessionswesen auf indirectem Wege wieder eingeführt und alle bekannten damit verbundenen Uebelstände wieder hervorgerufen, andererseits würde auch durch eine behördliche Prüfung keine unbedingte Garantie gegen übermäßigen Gründergewinn geschaffen und dagegen das Unternehmen mit einem Nimbus umgeben, welcher das Publicum von einer selbstthätigen Prüfung noch mehr als bisher zurückzuhalten geeignet

Digitized by Google

ist. Die unausbleiblichen Täuschungen aber würden regelmäßig der Prüfungsbehörde zur Last gelegt werden. Wenn man ferner versuchen wollte, die Simultangründung von Actiengesellschaften überhaupt zu beseitigen, so würde das Gründungsgeschäft allerdings schwerfälliger werden, aber die Gründer, für welche der in Aussicht gestellte Gewinn nicht minder verlockend bleibt, würden sich auch in die erschwerte Form zu schicken oder mit der Successivgründung nach Wunsch abzufinden wissen. Der schon vor dem Entwurfe der Actiennovelle mehrfach gemachte Vorschlag, an Stelle des ziffernmäßigen Nominalbetrages eine Bezeichnung nach Quoten für die Actie einzuführen, dürfte sich ebenfalls als nutzlos erweisen, wie in den Motiven des Bundesraths-Entwurfs S. 61 überzeugend gezeigt wird. Der Werth einer Actie wird ganz ohne Rücksicht auf ihren Nominalbetrag allgemein nach derjenigen Summe geschätzt, die man für den Erwerb zu zahlen hat, oder bei der Veräußerung nach dem jeweiligen Cursstande erlangen kann. Diese Werthschätzung würde sich gleich bleiben, ob man quantitative oder quotitative Bezeichnung der Actie wählt. Will man aber durch letztere die Verkehrs- bezw. Cursfähigkeit der Actien überhaupt beseitigen oder vermindern, so würde man weit über das Ziel hinausschießen und auch die solidesten Unternehmungen gefährden. Discutabel erscheint eine weitere Erhöhung des Mindestbetrages der Actien. Bekanntlich hatte der Entwurf denselben für Inhaber-Actien auf 5000 Mk. festgesetzt. Wiener hatte 2000 Mk. vorgeschlagen, der Reichstag ist bis auf 1000 Mk. heruntergegangen. Ob eine Erhöhung des Mindestbetrages der Actien allein, ohne Fixirung eines Mindestbetrages für das Grundcapital selbst — wovon weiter unten gesprochen werden wird — angezeigt ist, dürfte sehr zweifelhaft sein. Solange Actiengesellschaften mit jedem noch so geringen Grundcapitale zugelassen werden, ist es jedenfalls inconsequent, für den Mindestbetrag der Actie eine unverhältnißmäßige Höhe festzusetzen.

Verbesserungsvorschläge ließen sich wohl noch für manche einzelne Bestimmung der Actien-Novelle machen, z. B. für Art. 213 f., bei welcher Esser II[12]) mit Recht das Vorhandensein einer erheblichen Lücke in dem von dem Gesetze angenommenen Gründungssystem erinnert. Indessen mit Palliativmitteln ist überall nicht viel auszurichten. Das Uebel muß an der Wurzel angefaßt werden. Eine Reform des Actienwesens muß zwei feste Ziele im Auge haben, nämlich:

---

[12]) Esser II, Ges. betr. die Commanditgesellschaften auf Actien u. s. w. 5. Aufl. Berlin 1891 S. 110.

Digitized by Google

1. die Actienunternehmung auf solche Gebiete zu beschränken, für welche sie ihrer Natur nach bestimmt ist;
2. der Speculation in der Gründung von Actiengesellschaften zum Zwecke der Agiotage die Thüren zu verschließen.

I. Zum ersten Punkte ist Folgendes zu bemerken: Die Actiengesellschaft wirbt das für die Existenz und den Betrieb ihres Unternehmens erforderliche Capital aus den weitesten Schichten der Gesellschaft. Die erste Zeichnung und Zusammenbringung des Capitals durch die Unternehmer ist auch bei der Simultan-Gründung nur eine Vorbereitung zu diesem Auffaugungsproceß. Darum ist auch für die Entstehung der Gesellschaft von jeher eine Vollzahlung des Capitals nicht für nothwendig, vielmehr eine verhältnißmäßig geringe Einzahlung (nach dem Gesetz v. 11. Juni 1870 nur 10 pCt., jetzt 25 pCt.) für genügend erachtet worden. Zu dem angegebenen Zwecke zerlegt die Gesellschaft das erforderliche Capital in einzelne, verhältnißmäßig geringe Antheile, welche durch Antheilsscheine (Interimsscheine, Actien) repräsentirt werden. Diese Antheilsscheine müssen wiederum zur Anlockung des Capitals aus den weitesten Kreisen gewisse Vorzüge, namentlich die eines umlaufsfähigen Werthpapiers genießen, welche den Besitzer in den Stand setzen, die Dividenden ohne Legitimationsschwierigkeiten zu erheben und das von ihm hergegebene Capital nach Bedarf auf die leichteste Weise wieder flüssig zu machen. Daraus ergiebt sich die Nothwendigkeit, der Actie den Charakter eines Inhabers- oder wenigstens eines indossabeln Ordrepapiers aufzudrücken, und ihr den allgemeinen Geldmarkt an den Fonds-Börsen zugänglich zu machen. Im Zusammenhange damit steht auch die quantitative (statt der quotitativen) Bezeichnung der Actie, welche mehr der wirthschaftlichen als der juristischen Function derselben entspricht und von der schon oben als eines Mittels zur Vermehrung der Cursfähigkeit die Rede gewesen ist.

Die collectivistische Form der Actiengesellschaft, ihr flottirendes Mitgliederpersonal, der Mangel eines rechtlichen Zusammenhanges der Gesellschafter, deren loses Verhältniß zur Gesellschaft, die gesammte Organisation der Letzteren, die Unbehülflichkeit des Hauptorganes der Actionäre, der Generalversammlung, alle diese Erscheinungen sind aus der geschilderten Art der Capitalswerbung hervorgewachsen. [13])

[13]) Vgl. Begründung zum Entwurf eines Ges. über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 26 f.

Digitized by Google

Die wirthschaftlichen Uebelstände aber, welche im Gefolge derselben auftreten können, haben schon so oft in verheerendeer Weise gewirkt, daß es als eine dringende Aufgabe des Staates, des Wächters der wirthschaftlichen Wohlfahrt der Nation, bezeichnet werden muß, die Actien-Unternehmung auf Fälle einzuschränken, bei denen ein wirkliches Bedürfniß unterstellt werden kann, die Capitalien weiterer Gesellschaftskreise in Anspruch zu nehmen. Ein solches Bedürfniß kann da nicht anerkannt werden, wo das zu dem Unternehmen erforderliche Capital nicht bedeutend genug ist, um ein Zusammenwirken so weit ausgebreiteter wirthschaftlicher Kräfte zu erfordern; wenn dasselbe vielmehr nach dem jeweiligen wirthschaftlichen Zustande von einer festen, wenn auch größeren Zahl von Mitgliedern aufgebracht und aufrecht erhalten werden kann. An mannigfachen Formen für Associationen dieser Art, selbst mit einer mehr oder minder beschränkten Haftpflicht der Genossen fehlte es auch dem bisherigen Rechte im Deutschen Reiche nicht. Zu nennen sind namentlich die einfachen Commanditgesellschaften, bei denen allerdings die volle Haftbarkeit wenigstens eines Mitgliedes erfordert wird, und für ein beschränkteres Gebiet die eingetragenen Genossenschaften m. b. H., sowie (mit der Modification des Zubußen- und Abandon-Systems) die Gewerkschaften und theilweise auch die Rhedereien. Nachdem nun aber neuerdings die Zulassung von Gesellschaften mit einer auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung schon bei einem Grundcapitale von 20 000 Mark durch das Gesetz vom 20. April 1892 ganz allgemein gesichert ist, fehlt es an jedem Grunde, der Form der Actiengesellschaft ein größeres Gebiet zu belassen, als ihrem Wesen und ihren Zwecken entspricht[14]). In Bezug auf die Umwandlung von bestehenden Privatunternehmungen in Actiengesellschaften — ein Gebiet, auf dem bisher am meisten gesündigt worden ist — muß insbesondere hervorgehoben werden, daß nicht bloß kein allgemeines wirthschaftliches Interesse für solche Umwandlungen vorhanden ist, solange das Privatcapital für die Zwecke des Unternehmens ausreicht, sondern daß dieselbe geradezu tüchtige wirthschaftliche Kräfte außer Thätigkeit setzt, das fernere Gedeihen des Unternehmens häufig gefährdet und nicht selten zu unverhältnißmäßigen Ueberspannungen desselben mit allen ihren allgemein verderblichen Folgen (Ueberproduction u. s. w.) verleitet. Das Resultat aller dieser Erwägungen kann in dem Satze zusammengefaßt werden: Die Capitals-Association in Form der Actiengesellschaft muß in Zukunft auf Unternehmungen

---

[14]) Vgl. Begründung des Gesetz-Entwurfs betr. die Gesellschaften mit beschr. Haft. S. 28, 29.

Digitized by Google

derselben höchster Capitalskraft beschränkt werden. Die Nothwendigkeit einer solchen Beschränkung hat der solide Handelsstand selbst längst herausgefühlt. So ist beispielsweise die Anordnung des Berliner Börsencommissariats zu erklären, nach welcher der Handel mit Actien an der Berliner Fondsbörse nur unter der Bedingung zugelassen wird, daß das Actiencapital mindestens eine Million Mark beträgt. Daß diese Bestimmung aber noch nicht weit genug geht, ist im Schooße der Sachverständigen-Commission der Berliner Börse bereits mehrfach hervorgehoben, und die Erhöhung der Minimalsumme auf drei Millionen Mark angeregt worden. Man wird unter den gegenwärtigen wirthschaftlichen Verhältnissen nicht fehl gehen, wenn man den Mindestbetrag des Grundcapitals für Actiengesellschaften auf fünf Millionen Mark fixirt. Daraus würde sich auch die Erhöhung des Mindestbetrages der Actien auf fünftausend Mark, wie sie von dem Entwurf der Actien-Novelle ursprünglich vorgeschlagen war, rechtfertigen lassen.

II. Schon die vorstehend vorgeschlagene Fixirung des Mindestbetrages des Grundcapitals auf fünf Millionen Mark würde den Kreis der mit der Gründung von Actiengesellschaften zum Zwecke der Agiotage speculirenden Personen erheblich verengern. Die völlige Ausschließung solcher Speculation auf diesem Gebiete ist aber ein unabweisbares Bedürfniß. Von allen Speculationen auf die capitalistische Ausbeutung des Publicums ist keine so gefährlich wie diese, keine, die dem allgemeinen wirthschaftlichen Interesse so sehr zuwiderläuft, ohne auf irgend einem Gebiete den geringsten Nutzen zu stiften, wenn man nicht die Bereicherung weniger Speculanten auf Kosten Aller für ein nützliches und wünschenswerthes Ergebniß ansieht. Und wer dies selbst wollte, würde nicht immer seine Rechnung finden, da die im Verfolg der Gründungsperioden auftretenden wirthschaftlichen Krisen vielfach die Gründer mitten in ihrer Thätigkeit überraschen und unter den Trümmern ihrer eigenen Schöpfungen begraben. Diesem Treiben ein Ziel zu setzen, erscheint auf den ersten Blick äußerst schwierig und fast unmöglich zu sein. Dennoch ist bereits von O. Bähr[15]) im Jahre 1883 ein sehr beachtenswerther, aber leider nicht beachteter Vorschlag gemacht, dessen Wirksamkeit kaum bezweifelt werden kann. Bähr bemerkt im Zusammenhange mit der Beurtheilung der Simultangründung Folgendes:

„Wohl aber kann man die Frage erheben, ob denn in dem Falle der Simultangründung wirklich ein Bedürfniß anzuerkennen

[15]) O. Bähr, Zum neuen Actiengesetz. Jena 1884 S. 18.

Digitized by Google

sei, die Actien sofort an die Börse zu bringen? Wir meinen, wenn es den Gründern wirklich Ernst sei, so brauchten sie auch nicht ihre Actien gleich loszuschlagen. Und es ließe sich daher wohl die Frage erheben, ob es nicht legislatorisch rathsam sei, vorzuschreiben, daß bei Simultangründungen die Actien eine gewisse Zeit lang (etwa zwei Jahre) nicht an die Börse gebracht werden dürfen, eine Zeit, welche ausreichen würde, das Publicum zu belehren, ob das Unternehmen wirklich ein gutes und gewinnbringendes sei. Bisher darf man annehmen, daß der größte Theil der Simultangründungen lediglich für den Zweck der Agiotage unternommen werde. Dem sollte das Gesetz ein Ziel setzen."

Der in dieser Bemerkung ausgedrückte Gedanke — auf den ich übrigens selbst schon vor der Lectüre der Bähr'schen Schrift mit einigen Modificationen verfallen war — hat seine volle Berechtigung und praktische Bedeutsamkeit. Der Erfolg der Gründungs-Speculation hängt von einer gewissen fieberhaften wirthschaftlichen Conjunctur ab, die regelmäßig nur verhältnißmäßig kurze Zeit dauert. Der Speculation würde der Lebensnerv zerschnitten, wenn sie an der thatkräftigen Ausnutzung der Conjunctur verhindert werden könnte. Dieser Erfolg scheint aber in der That dadurch erreichbar zu sein, daß eine angemessene Frist zwischen der Eintragung der Actiengesellschaft und der Einführung der Actien an der Börse festgesetzt wird. Selbst vermittelst öffentlicher Ankündigungen und Anpreisungen des Unternehmens wird es dann dem Gründer schwer fallen, Abnehmer zu finden, weil dabei derjenige nicht unbeträchtliche Theil des Publicums, der bei der herrschenden Strömung selbst nur auf einen baldigen Coursgewinn speculirt, von dem Kreise der Abnehmer ausgeschlossen ist. Eine reine, zum Zweck der Agiotage unternommene Speculationsgründung kann sich nicht verlohnen, wenn die Gründer sich mit dem börsenmäßigen Absatz der Actien eine Spanne Zeit gedulden müssen, innerhalb welcher die zum Absatz erforderliche Conjunctur wieder verschwinden und einer Baisse-Strömung Platz machen kann. Der Zeitraum brauchte nicht einmal so weit ausgedehnt zu sein, wie Bähr vorschlägt. Schon eine Frist von sechs bis neun Monaten würde genügen, um das Risico einer Speculationsgründung so zu vergrößern, das es nur in ganz seltenen Fällen mit einiger Aussicht auf Erfolg getragen werden könnte. Andererseits würde eine Beschränkung der Frist auf die Simultangründung — wie sie Bähr vorschlägt — vermuthlich ihren Zweck verfehlen, da dann die Successivgründung von den Speculanten

Digitized by Google

— wenn auch mit saurer Miene — ihren Zwecken unbedenklich dienstbar gemacht würde, wozu es nur der Heranziehung der nöthigen Strohmänner bedarf. Man braucht dagegen nicht zu fürchten, daß wirklich solide, nicht zum Zweck der bloßen Agiotage ins Leben gerufene Actienunternehmungen in der vorgeschlagenen Sperrfrist von sechs bis neun Monaten für die Einführung der Actien an der Börse eine erhebliche Hemmung finden würden. Solche Unternehmungen bedürfen nicht einer erregten Hausse-Conjunctur, finden für ihre Actien selbst ohne Mithülfe des offenen Geldmarktes Abnehmer und können, ohne Schaden zu nehmen, mit der vollständigen Ausnutzung des Marktes sich einige Zeit gedulden.

Aus den schon im Eingange bemerkten Gründen hat die Commanditgesellschaft auf Actien in dem vorstehenden Gutachten keine besondere Berücksichtigung gefunden. Diese Art der Gesellschaftsform hat aufgehört, einem Bedürfnisse zu entsprechen, wenn sie dies überhaupt jemals gethan hat. Sie dürfte deshalb für die Zukunft am besten ganz zu beseitigen sein. Andernfalls wird es allerdings nothwendig sein, die gemachten Vorschläge auch auf die Commandit-Actiengesellschaft auszudehnen, schon um einer Umgehung derselben zu begegnen.

Hiernach werden dem Deutschen Juristentage folgende Thesen unterbreitet:

I. Die durch die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründungen haben sich nicht genügend bewährt.

II. Es empfiehlt sich, diese Cautelen dahin zu erweitern, daß
   1. der Mindestbetrag des Grundcapitals einer Actiengesellschaft auf fünf Millionen Mark und der regelmäßige Mindest-Nominalbetrag der Actie auf fünftausend Mark festgesetzt werde;
   2. zwischen der Eintragung der Actiengesellschaft in das Handelsregister und der Zulässigkeit einer Einführung der Actien an der Börse eine obligatorische Sperrfrist von angemessener Dauer (sechs bis neun Monate) eingeführt werde.

III. Die Gesellschaftsform der Commanditgesellschaft auf Actien ist für die Zukunft zu beseitigen; andernfalls sind die Vorschläge zu II auch auf diese auszudehnen.

Digitized by Google

Neben diesen Vorschlägen dürfte zu erwägen sein:

1. Die Festsetzung einer Frist (2—3 Monate) von der Eintragung der Gesellschaft bis zur öffentlichen Ankündigung bezw. Subscriptions-Einladung;
2. Normirung bezw. Verschärfung der civilrechtlichen Verantwortlichkeit der Gründer und Emittenten gegenüber Dritten;
3. Verbot des Börsenhandels mit öffentlich zur Zeichnung aufgelegten Aktien vor Zutheilung der Stücke an die Zeichner (zur Vermeidung der üblichen Spekulation der Emittenten auf Kosten der Zeichner).

Punkt 1 erscheint jedoch neben der für den Börsenhandel vorgeschlagenen Sperrfrist von untergeordnetem Werth; Punkt 2 und 3 haben dagegen eine über die Actiengründung weit hinausgehende Bedeutung und können nur bei einer allgemeinen gesetzlichen Regelung des gesammten Emissionswesens richtig gewürdigt werden.

Digitized by Google

Anlage.

Zusammenstellung

der

in der Zeit vom 31. October 1884 bis 15. Februar 1892 bei dem Amtsgericht I Berlin eingetragenen Actiengesellschaften und Commanditgesellschaften auf Actien.*)

*) In diese Zusammenstellung sind die eingetragenen Zweigniederlassungen auswärtiger Gesellschaften, sowie die Eintragungen, die nur in Folge einer Verlegung des Sitzes erfolgt sind, nicht aufgenommen. Die Emissionscurse sind dem bekannten Saling's Börsen-Handbuche (letzte Ausgabe 1891/1892) entnommen, die actuellen Curse dem Curszettel vom 4. April 1892, wo eine Notiz fehlte, der nächstvorhergehenden Notiz.

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sach-Einlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
1.	31. October 1884	A.-G.	Berliner-Elektrische Beleuchtungs-Actien Gesellschaft	500 000	Simultan	nein	1. Ingenieur Pütsch. 2. Director Pischon. (Revisoren.)					
2.	16. März 1885	A.-G.	Berliner Unions-Brauerei	3 000 000	Simultan		Umgewandelt aus einer früheren Commanditgesellschaft auf Actien					
3.	11. Mai 1885	A.-G.	Deutsche Rück- und Mitversicherungs-Gesellschaft	1 500 000	Simultan	nein	1. Bücherrevis. Bierstedt. 2. Bücherrevisor August Wolff. (Revisoren).					
4.	29. September 1885	A.-G.	Bierhallen-Actiengesellschaft zu Berlin	240 000, auf die Hälfte herabgesetzt am 9. 3. u. 11. 6. 87	Simultan			Beschl. vom 27. 8. 87				
5.	16. October 1885	A.-G.	Vereinigte Deutsche Lederfabrikanten Actien-Gesellschaft	200 000	Simultan	nein	1. Louis Schlesinger. 2. Bücherrevisor Bierstedt.	Beschl. vom 28. 9. 89				
6.	9. December 1885	A.-G.	O. Titel's Kunsttöpferei Actien-Gesellschaft	1 000 000	Simultan	ja	1. Bücherrevis. A. Wolff. 2. Aeltester der Kaufmannschaft E. Schlicke. (Revisoren.) 1. Obermeister O Grothausen. 2. Töpfermstr. A. Laumann.		125	74		510 000

Digitized by Google

	cember 1885		Niederwaldbahn-Gesellschaft		tan		2 Banquier Moritz Strauß. (Revisoren.)	Fusion mit der Niederwaldbahn-Gesellschaft				
8.	6. Januar 1886	A.-G.	Vereinigte Pommersche Meiereien-Actien-Gesellschaft	83 500	Simultan	nein	1. Commissionsrath Carl Mahlow. 2. Bücherrevis. A. Wolff. (Revisoren.)					
9.	21. Januar 1886	A.-G.	Spandauer-Berg-Brauerei, vormals C. Bechmann	3 000 000	Simultan	nein	1. Bücherrevis. A. Wolff. 2. Bücherrevis. Bierstedt. (Revisoren.) Maurermstr. O. Przewisinski. (Taxator.)		118½	144	765 000	
10.	5. Februar 1886	Com.-Ges. auf Actien	Erste Deutsche Fein-Jute-Garn-Spinnerei, Bergmann, Frobeen u. Co. (vgl. Nr. 81)	400 000	Successiv	nein		23. März 1889 Umwandlung in Actiengesellschaft				
11.	11. März 1886	A.-G.	Victoria-Brauerei-Actien-Gesellschaft	1 100 000	Simultan	ja	1. Bücherrevis. A. Wolff. 2. Bücherrevis. E. Bierstedt. (Revisoren.) 1. Rathsmaurermstr. Metzing. 2. Gerichtsschöppe L. Levy. 3. Director Gregory. (Taxatoren.)		115	107½		82 500
12.	18. März 1886	A.-G.	Actien-Gesellschaft Pionier	48 000	Simultan	nein	1. Bücherrev. Wolff. 2. Bücherrev. Bierstedt.					
13.	24. März 1886	A.-G.	Eisengießerei-Actien-Gesellschaft vormals Keyling u. Thomas	2 250 000	Simultan	ja	1. Bücherrev. Wolff. 2. Ingen. Albert Pütsch. 3. Ingen. Julius Meyer.		130	109		472 500

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sach-Einlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
14.	25. März 1886	A.-G.	Baugesellschaft Moabit	2 600 000	Simultan	ja	1. Stadtrath a. D. W. Oppermann. 2. Ingenieur O. Peschke. (Revisoren.) 1. Kgl. Bauinspektor v. Stückradt. 2. Baumstr. Christoph. (Taxatoren.)		103½	132	741 000	
15.	3. April 1886	A.-G.	Berliner Speditions- und Lagerhaus Actiengesellschaft vormals Bartz u. Co.	1 250 000	Simultan	ja	1. Bücherrev. A. Wolff. 2. Spedit. B. Bernhardt. 3. Baumstr. L. Heim.		108	80		350 000
16.	17. April 1886	A.-G.	Berliner Brauerei-Gesellschaft Tivoli	6 000 000	Simultan		Umgewandelt aus einer Comm.-Ges. auf Actien	26. 2. 91 Vereinigung mit der Schultheiß-Brauerei A.-G.				
17.	27. Mai 1886	A.-G	Mitter-Rouleaux Fabrik-Actiengesellschaft	120 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Director W. Brenken. (Revisoren.)	28. 3. 88 Concurs				
18.	29. Mai 1886	A.-G.	Deutsche Grundschuld-Bank	3 000 000	Simultan	nein			105	116	330 000	
19.	22. Juni 1886	A.-G.	Actien-Gesellschaft Gambrinus zu Berlin	250 000, herabgesetzt auf 150 000 M.	Simultan	nein		27. 12. 88				

Digitized by Google

	Juli 1886		schaft Werderscher Markt		tan		2. Wolff. (Revisoren.)					
21.	5. October 1886	A.-G.	Chemische Producten-Fabrik Altdamm Actien-Gesellschaft	200 000	Simultan	ja	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. „ Wolff. (Revisoren.)	8. 6. 87 Verlegung nach Altdamm				
22.	16. November 1886	A.-G.	Actien-Gesellschaft für elektrische Glühlampen. [Patent Secl.]	300 000, erhöht auf 1 200 000 ℳ	Simultan	nein	1. Bücherrev. Wolff. 2. Director Brenken. (Revisoren.)		150	53		291 000 von der ersten Emission
23.	19. November 1886	A.-G.	Deutsche Ueberseebank	10 000 000	Simultan	nein	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. „ Wolff. (Revisoren.)					
24.	4. December 1886	A.-G.	Norddeutsche Brauerei-Actien-Gesellschaft	3 000 000	Simultan	ja	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. Ingenieur Pütsch. (Revisoren.) 1. Rathsmrmstr. A. Metzing. 2. Gerichtsschöppe L. Levy. (Taxatoren.)		119	$79^{1}/_{10}$		1 197 000
25.	10. December 1886	A.-G.	Deutsche Ost-Africanische Plantagengesellschaft	130 000, erhöht auf 2 000 000 ℳ April 1888	Simultan	ja	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. „ Wolff. (Revisoren.)					
26.	27. December 1886	A.-G.	Königstädtische Baugesellschaft	20 000	Simultan	nein		20. 2. 92				
27.	28. December 1886	A.-G.	Cementfabrik Victoria	1 000 000, am 17. 4. 91 herabgesetzt auf 500 000 ℳ	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Bücherrev. Wolff. (Revisoren.)	Sitz nach Thale verlegt	$114^{3}/_{4}$	18		967 500

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sach-Einlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
28.	29. December 1886	A.-G.	Luisenstädtische Baugesellschaft	20 000	Simultan	nein						
29.	22. Januar 1887	A.-G.	Porzellanfabrik Königszelt	1 600 000	Simultan	ja	1. Fabrikbesitzer Ludloff. 2. Ingenieur Peschke.	17. 10. 87 nach Königszelt verlegt	143	140½		40 000
30.	24. Januar 1887	A.-G.	Stettiner Grundstücks-Actien-Gesellschaft	70 000	Simultan	nein						
31.	19. März 1887	A.-G.	Poetsch-Tiefbauten-Actien-Gesellschaft	3 500 000	Simultan	ja	1. Director Brenken. 2. Ingenieur Herzberg. (Revisoren.)	1891 aufgelöst				
32.	29. März 1887	A.-G.	Baugesellschaft Humboldtshain	3 850 000	Simultan	ja	1. Baumstr. Simon. 2. Kfm. Carl John. (Revisoren.) 1. Rathsmrmstr. Jacobs. 2. Bauinspect. Stuckradt. (Taxatoren.)		107	126 3/10	743 050	
33.	23. April 1887	A.-G.	Eintracht, Braunkohlenwerke und Briketfabriken	1 600 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Bücherrev. Adolphi. (Revisoren.)					
34.	12. Mai	A.-G.	Bonner Preußenkneipe	90 000	Simultan	nein	1. Comm.-Rath A. Trentzel. 2. Aeltester d. K. Schlicke.					

Digitized by Google

	Juni 1887		Burschenschaft (Germania zu Jena		tan		2. Kfm. C. Haßlinger. (Revisoren.)					
36.	10. Juni 1887	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Hutfabrikation	250 000	Simultan	ja	1. Director Brenken. 2. Bücherrev. Wolff. (Revisoren.)	12. 7. 87 verlegt nach Guben	135	ca. 9		315 000
37.	26. Juli 1887	A.-G.	Lichterfelder Gas-, Wasser- u. Terrain-Actien-Gesellschaft	1 122 000	Simultan	ja	1. Kfm. Börner. 2. Ingenieur Herzberg. (Revisoren.)		150	134 2/10		177 276
38.	14. Juli 1887	A.-G.	Neue Immobilien-Actien-Gesellschaft	2 924 000	Simultan	ja	1. Kfm. Sulzer. 2. Bücherrev. Wolff.	1891 aufgelöst				
39.	28. September 1887	A.-G.	Berliner Medico-Mechanisches Institut	150 000, am 17. 1. 91 herabgesetzt auf 50 000 *M.*	Simultan	nein						
40.	3. October 1887	A.-G.	Brauerei Pfefferberg, vormals Schneider u. Hilly	2 800 000	Simultan	ja	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. Ingenieur Pütsch. 3. Carl Gebhardt.		130	136 1/2	182 000	
41.	19. October 1887	A.-G.	Berliner Kunstdruckerei, Verlags-Anstalt, vormals A. C. Kaufmann	1 500 000	Simultan	ja	1. Kfm. Sulzer. 2. Ingenieur O. Gremer. (Revisoren.)		127 1/2	93 8/10		505 500
42.	29. October 1887	A.-G.	Berliner Weißbierbrauerei Actien-Gesellschaft, vormals F. W. Hilsebein	1 250 000	Simultan	ja	1. Kfm. Carl Gebhardt. 2. Director Pischon. (Revisoren.) 1. Rathsmrmstr. a. D. Voigt. 2. Böttchermstr. Borchert 3. Ingenieur A. Spatzier (Taxatoren.)		123	64 1/2		731 250

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sacheinlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
43.	27. December 1887	A.-G.	Salvator-Actien-Gesellschaft	335 000	Simultan	ja	1. Bücherrev. Salomon. 2. Director Richter. (Revisoren.)	5. 4. 89 Concurs				
44.	22. Februar 1888	A.-G.	Berliner Tattersall-Actien-Gesellschaft	1 200 000	Simultan	ja	1. Kfm. E. Behrens. 2. Brauerei-Director. Goldschmidt. (Revisoren.)					
45.	27. Februar 1888	A.-G.	Hermann, Deutsche Siedelungsgesellschaft	250 000	Simultan	ja	1. Kfm. E. Arnhold. 2. Director Cornelius. (Revisoren.)					
46.	28. Februar 1888	A.-G.	Brauerei Wilhelmsthal	500 000	Simultan	ja	1. Bauinspector Hanel. 2. Ingenieur Pütsch.	17. 4. 88 Concurs				
47.	3. März 1888	A.-G.	Niederschlesische Chamottewaarenfabrik, Actien-Gesellschaft	270 000, am 31. 10. 88 erhöht auf 370 000 M	Simultan	ja	1. Kfm. Pischon. 2. Ingenieur Pütsch. (Revisoren.) Munscheid u. Jeenicke zu Dortmund. (Taxator.)	13. 10. 90 Verlegung nach Bremerhaven				
48.	8. März 1888	A.-G.	Deutsche Verlags- und Buchdruckerei, Actien-Gesellschaft	470 000	Simultan	ja	1. Kfm. C. Jahn. 2. Director Brenken. (Revisoren.) 1. Baurath Kyllmann. 2. Verlagsbuchhändler Kortkampf.					

Digitized by Google

	April 1888		gießerei, Actien-Gesellschaft		tan		2. Ingenieur Kurth. (Revisoren.)					
50.	30. April 1888	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Gas-Selbst-Anzünder	500 000	Simultan	ja	1. Fabrikant Mittag. 2. Bücherrevis. Wolff. (Revisoren.)					
51.	12. Mai 1888	A.-G.	Gesellschaft Urania	205 000	Simultan	nein	1. Geh. Ob.-Fin.-Rath Dr. Rüdorff. 2. Banquier Max Büngers. (Revisoren.)					
52.	1. Juni 1888	A.-G.	Berlin-Gubener Hutfabrik, Actien-Gesellschaft, vormals A. Cohn	1 000 000	Simultan	ja	1. Director H. Bodstein. 2. Ingenieur W. Fritsche. (Revisoren.)		128½	100		285 000
53.	11. Juni 1888	A.-G.	Patentkisten- und Holzwaaren-Fabrik, Actien-Gesellschaft	100 000	Simultan	nein	1. Banquier Altmann. 2. „ Carl Schnökel. (Revisoren.)	28. 2. 91				
54.	28. Juni 1888	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Hutfabrikation, vormals Friedrich Paulig	600 000	Simultan	ja	1. Director Bodstein. 2. Kfm. Hecht. (Revisoren.)	19. 2. 90 Verlegung nach Grünberg				
55.	26. Juli 1888	A.-G.	Real-Credit-Bank	1 200 000	Simultan	nein	1. Director Bodstein. 2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.)		124	94 1/10		358 800
56.	28. Juli 1888	A.-G.	Passage-Panopticum	400 000	Simultan	nein	1. Director Bodstein. 2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.)	9. 5. 89 Vereinigung mit A.-G. Bauverein Passage				
57.	11. August 1888	A.-G.	Oberschlesische Chamotte-Fabrik, früher Arbeitsstätte Didier	1 000 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Director Brenken. (Revisoren.)	28. 9. 89 Verlegung nach Gleiwitz	150	88½		615 000

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sacheinlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
58.	13. August 1888	A.-G.	Berliner Bad- und Hotel-Gesellschaft Römerbad	2 000 000	Simultan	ja		28. 4. 90 Concurs				
59.	24. August 1888	A.-G.	Berliner Immobilien Actien-Bank	600 000	Simultan	ja	1. Director Bodstein. 2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.)					
60.	29. August 1888	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Eisen- und Wellblech-Construction, vorm. Breest & Co.	1 000 000, am 23. 12. 89 erhöht auf 1 300 000 M.	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.)		133	111½		215 000
61.	8. September 1888	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Asphaltirung u. Dachbedeckung, vorm. Joh. Jeserich	1 400 000	Simultan	ja	1. Director Bodstein. 2. Baurath a. D. Stüve. (Revisoren.) 1. Bücherrevis. Adolphi. 2. Amtsmrmstr. E. Gerhardt. 3. Ger.-Sachverst. G. Hambruch. (Taxatoren.)		140	69¾ zuletzt am 25. 3. 92 notirt		983 500
62.	12. September 1888	A.-G.	Spree-Havel-Dampf-Schifffahrts-Gesellschaft Stern	750 000	Simultan	nein	1. Ingenieur Gebhardt. 2. Director Philippsthal. (Revisoren.)					
63.	19. September 1888	A.-G.	Deutsche Pflanzer-Gesellschaft	30 000, am 20. 10. 88 erhöht auf 200 000 M.,	Simultan	nein	1. Contre-Admiral a. D. Graf Hacke. 2. Oekonomierath Späth. (Revisoren.)					

Digitized by Google

	September 1888		Brauerei-Anstalt zu Berlin		tan		2. Kfm. Pischon. (Revisoren.)	Concurs				
65.	28. September 1888	A.-G.	Salvator-Brauerei in Schwabing-München	1 200 000	Simultan	ja		30. 12. 89 Verlegung nach Schwabing	120	98		204 000
66.	11. October 1888	A.-G.	F. Butzke & Co., Actien-Gesellschaft für Metallindustrie	2 000 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.) 1. Baumstr. Bense. 2. Ingenieur Gebhardt. (Taxatoren.)		136	81		1 100 000
67.	12. October 1888	A.-G.	Internationale Bank in Berlin	20 000 000, am 27. 2. 90 erhöht auf 40 000 000 M.	Simultan	nein	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. Director Brenken. (Revisoren.)	7. 3. 91 Fusion	122½	103		3 900 000
68.	12. October 1888	A.-G.	Liquidationsverein Berliner Productenhändler, Actien-Gesellschaft in Liquidation	40 000	Simultan	nein		3. 12. 88				
69.	1. November 1888	A.-G.	Berliner Kohlenwerke, Actien-Gesellschaft	3 000 000	Simultan	ja	1. Kfm. Sulzer. 2. Ingenieur Stuckenholz. (Revisoren.)					
70.	29. November 1888	A.-G.	Klosterbrauerei Röderhof, Actien-Gesellschaft	1 250 000	Simultan	ja		22. 1. 89 Verlegung nach Röderhof	139	103 9/10		438 750
71.	30. November 1888	A.-G.	Deutsche Gesellschaft für Bauunternehmungen	3 000 000	Simultan	nein	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. Director Brenken. (Revisoren.)					

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sach-Einlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
72.	1. December 1888	A.-G.	Maschinenfabrik für Mühlenbau, vormals C. G. W. Kapler	1 000 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.)		126	101		250 000
73.	22. December 1888	A.-G.	Berliner Dampfmühlen, Actien-Gesellschaft	1 600 000	Simultan	ja	1. Bücherrevis. Wolff. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren)		140	139½		8000
74.	28. December 1888	A.-G.	Hein, Lehmann & Co. Actien-Gesellschaft, Träger-Wellblech-Fabrik und Signalbau-Anstalt	1 300 000	Simultan	ja	1. Director Brenken. 2. Baurath a. D. Stüve. (Revisoren.)		164	34½		1 683 500
75.	23. Januar 1889	A.-G.	Verein zur Besserung der kleinen Wohnungen in Berlin	500 000	Simultan	nein	1. Geh. Ob.-Fin.-Rath Dr. Rüdorff. 2. Banquier Max Bürgers.					
76.	6. Februar 1889	A.-G.	Haasenstein & Vogler, Actien-Gesellschaft	600 000	Simultan	ja	1. Director L. Baltz. 2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.)					
77.	7. Februar 1889	A.-G.	Berliner Bauverein	5 000 000	Simultan	ja	1. Director Philippsthal. 2. Baumstr. Simon. (Revisoren.) 1. Baurath v. Stuckradt. 2. Hofmaurermeister	6. Januar 1891				

Digitized by Google

	Februar 1889		Mörtelwerke		tan		2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.)					
79.	14. Februar 1889	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Druckerei und Verlag	60 000	Simultan	nein	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.)	30. 5. 89				
80.	16. Februar 1889	A.-G.	Heinrich Bock, Actien-Gesellschaft für Hutfabrikation	1 200 000	Simultan	ja	1. Director A. Röse. 2. Kfm. Hinrichsen. (Revisoren.)	17. 12. 90	132	94 (bei der Auflösung)		456 000
81.	23. März 1889	A.-G.	Erste Deutsche Fein-Jute-Garn-Spinnerei Actien-Gesellschaft	400 000, erhöht auf 1 200 000 ℳ	Simultan		Umgewandelt aus einer Com.-Ges. auf Actien. (Vgl. Nr. 10.)					
82.	28. März 1889	A.-G.	Berliner Bank	5 000 000	Simultan	nein	1. Director Bodstein. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.)		112	102 3/10		485 000
83.	16. April 1889	A.-G.	Norddeutsches Lagerhaus, Actien-Gesellschaft	4 500 000	Simultan	ja	1. Baurath a. D. Stüve. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.)		125	92		1 485 000
84.	24. April 1889	A.-G.	Baugesellschaft am Zoologischen Garten	5 000 000	Simultan	ja	1. Baurath Botzl. 2. „ Neukanz. (Revisoren.)					
85.	25. April 1889	A.-G.	Deutsche Magnesit-Werke	1 000 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Bücherrevis. Wolff.					
86.	26. April 1889	A.-G.	Waarenhaus für deutsche Beamte, Actien-Gesellschaft	250 000	Simultan	nein	1. Fabrikbesitzer Börner. 2. Bücherrevisor F. Schmidt. (Revisoren.)					

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sacheinlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
87.	26. April 1889	A.-G.	Schöneberg-Friedenauer-Terrain-Gesellschaft	2 000 000	Simultan	ja	1. Kfm. Hinrichsen. 2. Stadtbaurath a. D. Sturmhoepfel. (Revisoren.)	19. 11. 89 Verlegung nach Schöneberg				
88.	27. April 1889	A.-G.	Ostsee-Bad Binz, Actien-Gesellschaft	400 000	Simultan	ja	Privattaxe des Baumeisters Joh. Benze zu Pankow.					
89.	29. April 1889	A.-G.	Berlin-Luckenwalder-Wollwaarenfabrik, Actien-Gesellschaft, vorm. Wilhelm Müller	1 800 000	Simultan	ja	1. Kfm. L. Hecht. 2. Ingenieur Pütsch.		149	71		1 404 000
90.	6. Mai 1889	A.-G.	Actien-Gesellschaft Mix & Genest, Telephon-Telegraphen- u. Blitzableiter-Fabrik	1 200 000	Simultan	ja	1. Kfm. F. C. Philippson. 2. Ingenieur O. Peschke. (Revisoren.)		131	96¼		417 000
91.	18. Mai 1889	A.-G.	Berliner Musik-Instrumenten Fabrik Actien-Gesellschaft vorm. Christian W. Pietschmann und Söhne	1 300 000	Simultan	ja	1. Fabrikant C. Gebhardt. 2. Director Brenken. (Revisoren.)		127½	44½		1 079 000
92.	1. Juni	A.-G.	Kammgarn-	400 000	Simul-	nein	1. Commissionsrath	12. 2. 92.				

Digitized by Google

	1889		Weißensee		tan		2. Director C. Koblanck. (Revisoren.) 1. Ger. Sachverst. W. Richter. (Taxator.)					
94.	4. Juni 1889	A.-G.	Berlin-Wilmersdorfer Terrain-Gesellschaft	7 000 000	Simultan	ja	1. Baurath a. d. Stüve. 2. Kfm. Hinrichsen. (Revisoren.)		125½	148¼	1 592 500	
95.	5. Juni 1889	A.-G.	Bauverein Weißensee	1 800 000	Simultan	ja	1. Oekonomier. Späth 2. Director Koblanck. (Revisoren.) Gerichtliche Taxe.		122½	72½		900 000
96.	15. Juni 1889	A.-G.	Berliner Gußstahl-Fabrik und Eisengießerei Hugo Hartung Actien-Gesellschaft	1 100 000	Simultan	ja	1. Commissionsrath Spatzier. 2. Director C. W. Meyer. (Revisoren.) 1. Rathsmrmstr. Sartig. 2. Ger. Taxator Pütsch. 3. Bücherrevis. Bierstedt. (Taxatoren.)		130	78½		566 500
97.	21. Juni 1889	A.-G.	Berlinische Rückversicherungs-Gesellschaft zu Berlin	2 000 000	Simultan	nein	1. Kfm. F. C. Philippson. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.)					
98.	28. Juni 1889	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Kraftfuttererzeugung (Patent Pallas)	1 500 000	Simultan	ja	1. Bücherrevis. Wolff. 2. Ingenieur Kohlert. (Revisoren.)	7. 11. 91 Verlegung nach Pieschen				
99.	5. Juli 1889	A.-G.	Terrain-Gesellschaft Südende	1 300 000	Simultan	ja	1. Oekonomier. Späth. 2. Immobilienmakler Franz Kadisch. (Revisoren.)	15. 5. 91 Verlegung nach Südende				
100.	6. Juli 1889	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Möbelfabrikation	250 000	Simultan	ja	1. Director Bodstein. 2. Kfm. Hecht. (Revisoren.)					

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan oder Successiv-Gründung	Sind Sacheinlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
101.	12. Juli 1889	A.-G.	Vereinigte Haller Dampfziegeleien Actiengesellschaft	1 000 000	Simultan	ja	1. Director G. Koblanck. 2. Baumstr. L. Simon. (Revisoren.) 1. Baumstr. Joh. Benze. 2. Sachvst. Georg Blume. 3. „ Carl Geschke. (Taxatoren.)					
102.	16. August 1889	A.-G.	Actiengesellschaft für hygienische Zwecke	750 000 am 23. 5. 91 herabgesetzt auf 500 000 M.	Simultan	ja	1. Ingenieur Herzberg. 2. Director C. W. Meyer. (Revisoren.) 1. Bücherrev. Salomon. 2. Maurermstr. Otto, Hamburg. 3. Zimmermstr. Grell, Hamburg. 4. Rathsmrstr. Storz i. Dresden. (Taxatoren.)					
103.	27. August 1889	A.-G.	Bauverein Reinickendorferstraße.	1 200 000, am 28. 10. 89 u. 19. 5. 90. erhöht auf 1 320 000 M.	Simultan	ja	Rathszimmermstr. Tetzlaff. (Taxator.)					
104.	2. September 1889	Com.-Ges. auf Actien	Deutsch-Westafricanische Compagnie Brückner u. Co., Commanditgesellschaft	340 000, am 26. 9. 91 erhöht auf 440 000 M.	Successiv	ja						

Digitized by Google

	September 1889		stalten Actiengesellschaft vorm. Treutler, Conrad u. Taube		tan		2. Bücherrevis. Landsberger i. Breslau. (Revisoren.)				
106.	28. September 1889	A.-G.	Dorotheenstädtische Credit-Bank	500 000	Simultan	nein	1. Director Bodstein 2. Kfm. Sulzer (Revisoren.)				
107.	8. October 1889	A.-G.	Berliner Logenhaus Actiengesellschaft	160 000	Simultan	nein					
108.	24. October 1889	A.-G.	Germanischer Lloyd	800 000	Simultan	nein	1. Bücherrev. Salomon. 2. Director Reusch. (Revisoren.)				
109.	8. November 1889	A.-G.	Hüttenhaus Actiengesellschaft.	48 800 am 10. 2. 90 erhöht auf 66 800 *M.*	Simultan	nein					
110.	7. December 1889	A.-G.	Moabiter Terraingesellschaft	3 800 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Peschke. 2. Bücherrevis. Wolff. (Revisoren.) 1. Rathsmaurermstr. Metzing. 2. Rathszimmermstr. Tetzlaff. 3. Gerichtsschöppe L. Levy. (Taxatoren.)				
111.	9. December 1889	A.-G.	Berliner Creditbank Actiengesellschaft	1 000 000	Simultan	nein	1. Director Bodstein. 2. Kfm. Sulzer (Revisoren.)				

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sacheinlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
112.	11. December 1889	A.-G.	Disconto-Bank	500 000	Simultan	nein	1. Kfm. Sulzer. 2. Immob.-Makler Isidor Kadisch. (Revisoren.)					
113.	14. December 1889	A.-G.	Kaiser-Bazar Actiengesellschaft	4 000 000	Simultan	nein		Januar 1892 Concurs				
114.	18. December 1889	A.-G.	Actien-Gesellschaft für Mauer-Bauten vorm. G. A. Wayß u. Co.	1 500 000, am 15. 5. 91 erhöht auf 2 250 000 M.	Simultan	nein	1. Director Brenken. 2. Baurath a. D. Stüve.					
115.	31. December 1889	A.-G.	Berliner Schnelldampfer-Gesellschaft.	500 000	Simultan	nein	1. Director Peter Reusch. 2. „ Bodstein. (Revisoren.)					
116.	7. Januar 1890	A.-G.	Märkische Bank	1 000 000	Simultan	nein						
117.	5 Februar 1890	A.-G.	„Allianz" Versicherungs-Actien-Gesellschaft	4 000 000	Simultan	nein	1. Kfm. Sulzer. 2. Bücherrev. Salomon. (Revisoren.)					
118.	6. März	A.-G.	Berlin-Rüdersdorfer Kutfabrikation	1 500 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Peschke. 2. Kfm. H. Wallach.		121	75		690 000

Digitized by Google

	März 1890		gesellschaft.		tan	nein	1. Kfm. Pohlmann. 2. Director C. W. Meyer.				
120.	26. März 1890	A.-G.	Internationale Druckluft- und Elektricitäts-Gesellschaft	30 000 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Kfm. F. C. Phillppson.				
121.	8. April 1890	A.-G.	Thiergarten-Reitbahn-Actien-Gesellschaft	450 000	Simultan	ja	1. Kfm. Buttl. 2. Bücherrevis. Wolff. (Revisoren.)				
122.	15. April 1890	A.-G.	„Herold" Depeschenbureau.	100 000, am 11. 2. 92 erhöht auf 1 000 000 ℳ	Simultan	nein	1. Director Bodstein. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.)				
123.	24. April 1890	A.-G.	Deutsch-Americanische Treuhand-Gesellschaft	20 000 000	Simultan	nein	1. Director Buttl. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.)				
124.	17. Mai 1890	A.-G.	Druiden-Logenhaus-Actiengesellschaft	100 000	Simultan	nein	1. Comm. Rath Spatzier. 2. Bücherrev. Bierstedt. (Revisoren.)				
125.	23. Mai 1890	A.-G.	National-Zeitung	750 000, am 17. 2. 90 erhöht auf 1 050 000	Simultan	nein	1. Bücherrevis. Wolff. 2. „ Bierstedt.				
126.	24. Mai 1890	A.-G.	Gesellschaft für Markt- und Kühlhallen	1 000 000	Simultan	nein	1. Kommis. R. Spatzier. 2. Kfm. Pischon. (Revisoren.)				
127.	24. Mai 1890	A.-G.	Allgemeine Vermittelungs-Bank, Actien-Gesellschaft zu Berlin	1 000 000	Simultan	nein		1. 7. 91			
128.	5. Juni 1890	A.-G.	Sproitzer Steinbruch-Actien-Gesellschaft	500 000	Simultan	ja	1. Baumstr. Simon. 2. Director C. W. Meyer. (Revisoren.)				

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan- oder Successiv-Gründung	Sind Sacheinlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissionscours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
129.	5. Juni 1890	A.-G.	Deutsche Wasserwerke, Actien-Gesellschaft	1 000 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Pütsch. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.) Stadtbaurath Frühlig in Königsberg. (Taxator.)					
130.	6. Juni 1890	Com.-Ges. auf Actien	Hydrosandstein-Werke W. Zeyer & Co., Commandit-Gesellschaft auf Actien	150 000, am 22. 11. 90 erhöht auf 220 000 M	Successiv	nein						
131.	21. Juni 1890	A.-G.	Deutsche Zucker-Industrie, Wochenblatt für Landwirthschaft, Fabrikate und Handel	72 000	Simultan	nein	1. Kfm. H. Auerbach. 2. Kfm. Hinrichsen. (Revisoren.)					
132.	7. Juli 1890	A.-G.	Immobilien-Verkehrs-Bank	100 000, am 28. 10. 90 erhöht auf 500 000 M.	Simultan	nein						
133.	24. Juli 1890	A.-G.	Peniger Maschinen-Fabrik und Eisengießerei	1 000 000	Simultan	ja		21. 10. 90 Verlegung nach Penig				
134.	9. August	A.-G.	Deutsche Kontrolwagen, Actien-Ge-	150 000	Simultan	ja	1. Director Kohlert. 2. „ Buttl.	6. 7. 91				

Digitized by Google

	Sep. tember 1890		Actien-Gesellschaft		tan		2. Ingenieur Pütsch. (Revisoren.)			
136.	22. Sep. tember 1890	A.-G.	Gott-Mit-Uns Grube, Actien-Gesellschaft	2 500 000	Simul. tan	ja				
137.	6. Octo. ber 1890	A.-G.	Accumulatorenfabrik, Actien-Gesellschaft	4 500 000	Simul. tan	ja	1. Ingenieur Herzberg. 2. Director C. W. Meyer. (Revisoren.)			
138.	7 No. vember 1890	A.-G.	Teltower Weinkeller	45 000	Simul. tan	nein	1. Kfm. Hinrichsen. 2. „ Pischon. (Revisoren.)			
139.	13. No. vember 1890	A.-G.	Eden-Theater, Actien-Gesellschaft	1 000 000	Simul. tan	nein	1. Makler J. Kabisch. 2. Director Buttl. (Revisoren.)	15. 10. 91		
140.	14. No. vember 1890	A.-G.	Deutsch-Oesterreichische Mannesmannröhren-Werke	35 000 000	Simul. tan	ja	1. Kfm. Sulzer. 2. Oberingenieur G. Dieckmann. (Revisoren.)			
141.	18. December 1890	A.-G.	Oberschlesische Coaks-Werke und rheinische Fabriken, Actien-Gesellschaft	4 500 000	Simul. tan	ja	1. Director Buttl. 2. Ingenieur Pütsch. (Revisoren.)			
142.	10. Februar 1891	A.-G.	Oberschlesische Strontianitwerke	150 000	Simul. tan	ja	1. Chemiker Dr. Börnstein. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.) 1. Ingenieur Berger. 2. Dr. Bischoff. 3. Chemiker P. Lohmann. (Taxatoren.)			

Digitized by Google

Laufende Nummer	Tag der Eintragung	Actiengesellschaft oder Commanditgesellschaft auf Actien	Firma	Actiencapital M.	Simultan oder Successiv-Gründung	Sind Sach-Einlagen gemacht?	Namen der Revisoren u. Taxatoren	Tag und Grund der Auflösung	Emissions-Cours %	Letzter Cours (Anfang April 1892) %	Gewinn M.	Verlust M.
143.	2. März 1891	A.-G.	Normannen-Kneipe	30 000	Simultan	nein	1. Bücherrev. Bierstedt. 2. Banquier H. Hartz.					
144.	18. März 1891	A.-G.	Berliner Kronenbrauerei, Actien-Gesellschaft	1 390 000	Simultan	ja	1. Baumst. J. Benze. 2. Maurermstr. Geschke. 3. Baugewerksmstr. G. Blume. (Taxatoren.)					
145.	25. März 1891	A.-G.	Deutsche Spar- und Depositen-Bank	1 000 000	Simultan	nein						
146.	18. April 1891	A.-G.	Bürgerheim, Actien-Gesellschaft	2 500 000	Simultan	nein						
147.	20. Mai 1891	A.-G.	Internationaler Lloyd Versicherungs-Actien-Gesellschaft	3 000 000	Simultan	nein	1. Director Brenken. 2. „ Reusch.					
148.	16. Juli 1891	A.-G.	Anton und Alfred Lehmann, Actien-Gesellschaft	2 800 000	Simultan	ja	1. Stadtrath a. D. Wallach. 2. Kfm. Sulzer. (Revisoren.) 1. Taxator R. Rühl. 2. Baurath a. D. Stüve.					

Digitized by Google

	September 1891		deutschen Maschinenfabriken und Hüttenwerken-Actien-Gesellschaft		tan		2. Kfm. Krawutschke. (Revisoren.)						
150.	17. October 1891	A.-G.	Berliner Accumulatoren-Werke, Actien-Gesellschaft	200 000	Simultan	ja	1. Ingenieur Correns. 2. Director Heim. (Revisoren.)						
151.	2. November 1891	A.-G.	Quaglio Bouillon-Kapseln- und Conserven-Fabrik, Actien-Gesellschaft	200 000	Simultan	ja	1. Kfm. Sulzer. 2. Ingenieur Herzberg. (Revisoren.)						
152.	21. December 1891	A.-G.	Berliner Preußenhaus	100 000	Simultan	nein	1. Fabrikbes. Börner. 2. Director Brenken. (Revisoren.)						
153.	15. Februar 1892	A.-G.	Varziner Papierfabrik	1 000 000	Simultan	ja	1. Kfm. Laurin. 2. Kfm. Lademann zu Köslin. (Revisoren.)						
	.	.	.	305 633 300	.	.	.	.	.	.	4 353 500	24 533 576	

Digitized by Google

VI.

Gutachten des Herrn Amtsrichter Falkmann zu Liegnitz

über die Frage:

Empfiehlt sich eine grundsätzliche Vermehrung der bestehenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung, etwa in der Richtung einer allgemeinen Competenzwohlthat?

I.

Bekanntlich beruhten im ältesten römischen Recht die gesammten Creditverhältnisse auf der Haftbarkeit der Person. Zahlte der Schuldner nicht, so verfiel er mit seinem gesammten Herrschaftsgebiet über Personen und Sachen (familia) dem Gläubiger zu Eigenthum, der ihn tödten oder als Sclave verkaufen konnte. Die Execution ging also bis zur äußersten Grenze der Möglichkeit, bis zur vollständigen Vernichtung der Person. Im Laufe der Zeit milderte sich zwar diese Strenge des Executivrechts. Neben dem durch die Personalexecution vermittelten Zugriff in das Vermögen des Schuldners gewährte die l. Poetelia im 5. Jahrh. d. St. die Möglichkeit einer directen Vollstreckung in das Vermögen, und gegenüber der weiteren Ausbildung der Vermögensexecution durch den Prätor sank der Zugriff auf die Person, der sich nach und nach zu einer bloßen Personalhaft ohne Arbeitszwang abschwächte, allmählich zu einem nur subsidiären Executivmittel herab. Aber auch von der Personalhaft konnte sich der Schuldner dadurch befreien, daß er seinen Gläubigern freiwillig sein ganzes Vermögen abtrat, und diese bonorum cessio gewährte ihm zugleich gegen den Schuldrest die Rechtswohlthat des Nothbedarfs. Letztere, welche demnächst auch noch in anderen Fällen gegeben wurde,

Digitized by Google

bestand ursprüglich in dem Recht, nur auf so viel verurtheilt zu werden, als das Vermögen des Schuldners beträgt. Eine liberale Praxis aber legte das beneficium competentiae späterhin dahin aus, daß der Schuldner so viel zurückbehalten durfte, als er zur Nothdurft gebrauchte. Weitere Milderungen des Schuldrechts entwickelten sich nach der Reception des römischen Rechts auf dem Boden particularrechtlicher Rechtsbildungen. Eine humanere Weltanschauung und die Einsicht, daß die Allgemeinheit ein Interesse daran habe, den Schuldner durch den Gläubiger nicht zum vollständig besitzlosen Bettler herabdrücken zu lassen, führten zum Verbot der Pfändung des nothwendigsten Haus-, Handwerks- und Ackergeräths. War der Schuldner nur in augenblickliche Zahlungsstockung gerathen und spätere Vermögensbesserung in Aussicht, so konnte ihm durch gerichtliche Special- oder Generalmoratorien geholfen werden. Endlich wurde auch das Executivmittel der Schuldhaft, welches sich bis ins vorige Jahrhundert allgemein erhalten hatte, particularrechtlich durch Beschränkung auf bestimmte Fälle vielfach durchlöchert.

Der modernen Rechtsanschauung genügten indessen diese Executionsbeschränkungen nicht mehr. Es war allmählich der Gedanke allgemein zum Durchbruch gelangt, daß die Person eines Menschen zur Befriedigung vermögensrechtlicher Interessen nicht geeignet sei, einem Zwange unterworfen zu werden, und zwar sowohl nach der Richtung hin, daß direct die persönliche Freiheit beschränkt und hierdurch ein Druck auf den Schuldner selbst und seine Angehörigen ausgeübt werde, als auch indirect durch Sequestrirung der Arbeitskraft in der Form der Beschlagnahme noch nicht verdienten Arbeitslohnes. Dieser Gedanke hat seine Sanction für das ganze Deutsche Reich durch die beiden Gesetze vom 29. Mai 1868 über die Aufhebung der Schuldhaft, und vom 21. Juni 1869 über die Aufhebung der Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes erhalten.

Nunmehr sind die Executivbeschränkungen einheitlich für das ganze Reich geregelt, im Wesentlichen im Anschluß an die bisherige Reichsgesetzgebung und den in den meisten Bundesstaaten vorgefundenen Rechtszustand, im Einzelnen aber unter Anpassung der Executionen an die wirthschaftlichen Bedürfnisse und die rechtlichen und sittlichen Anschauungen der Gegenwart, andererseits aber unter Beschneidung unzeitgemäßer Privilegien. Außerdem finden sich noch einige mehr oder minder wichtige Pfändungsbeschränkungen zerstreut in verschiedenen neueren Reichsgesetzen.

Hiernach ergiebt sich folgender Rechtszustand:

Digitized by Google

1. Sedes materiae ist die Civilproceßordnung, welche in § 715 die körperlichen Sachen, in § 749 die Forderungsrechte aufzählt, welche der Pfändung nicht unterworfen sind.
2. Ergänzt werden diese Aufzählungen durch die Reichsgesetze vom 28. October 1871 und 3. Mai 1886 bezüglich des Inventars der Posthaltereien und der Fahrbetriebsmittel der Eisenbahnen, vom 2. Juni 1878, betreffend die Ehrenzulage der Inhaber des eisernen Kreuzes, und vom 15. Juni 1883, 28. Mai 1885, 5. Mai 1886, 17. Juni 1887, 11. Juli 1887, 13. Juli 1887, 22. Juni 1889, betreffend die Bezüge auf Grund der Kranken-, Unfallversicherungs- und Invaliditäts- und Alterversicherungsgesetze.
3. Beseitigt sind durch § 14 Nr. 4 Einf.-Ges. z. Civilproceßordnung und § 4 Einf.-Ges. z. Concursordnung die Moratorien und die Rechtswohlthat der Güterabtretung.
4. Unberührt geblieben ist das beneficium competentiae, soweit dasselbe nicht Folge der beseitigten cessio bonorum ist.
5. Die Personalhaft ist als Executivmittel in der Civilproceßordnung nicht erwähnt, bleibt also beseitigt.

Ehe der Frage näher getreten werden kann, ob der gegenwärtige Zustand als ein befriedigender anzusehen ist, oder ob die Executionen noch einer weiteren Ausgestaltung im Interesse des Schuldners bedürftig und fähig sind, bedarf es zunächst einer Feststellung der Grundsätze, welche vom gesetzgeberischen Standpunkte aus einerseits Schutz des Schuldners gegen Ausschlachtung durch den Gläubiger erheischen, andererseits einen zu weit gehenden Schutz als nachtheilig erscheinen lassen.[1])

II.

Vom Standpunkte des formalen Rechts aus muß dem Gläubiger die Befugniß zuerkannt werden, das gesammte Besitzthum des Schuldners zu seiner Befriedigung zu verwenden und, wenn nöthig, sich selbst an die zur Lebensführung nothwende Habe zu halten, ohne Rücksicht auf das fernere Schicksal des Schuldners. Dieser rein formalistische Stand-

[1]) Reichhaltiges und interessantes Material hierüber findet sich in den Verhandlungen des preußischen Landtages aus den Jahren 1855—1865 bei Erörterung der Frage des Lohnarrestes (vgl. Sten. Ber. d. Abg.-Haus. 1855 Bd. IV S. 555, 1861 Bd. VI S. 1168, 1865 Bd. V S. 793, Bd. VIII S. 1794) und in den Verhandlungen des Reichstages bei der Berathung des Gesetzes, betr. Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes (vgl. Sten. Ber. 1869 Bd. I S. 48, Bd. II S. 898, 980, Bd. III S 69, 581).

Digitized by Google

punkt, wie er im römischen Recht vertreten ist, war indessen mit der Entwickelung des Staatsgedankens und der wissenschaftlichen Erkenntniß der Aufgaben des Staates nicht mehr vereinbar. Das Recht des Individuums findet seine Schranke in den Rechten der übrigen Individuen. Bei Collisionen aber muß das Einzelinteresse hinter dem Interesse der Gesammtheit zurückstehen. Greift also der Gläubiger durch schrankenlose Ausbeutung seines Rechts in den Interessenkreis der Allgemeinheit über, so ist es Sache des Staates als Verkörperung der Gesammtheit, dem Gläubiger Schranken in der Ausübung seines Rechts zu setzen.

Auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung sind es in erster Linie Erwägungen volkswirthschaftlicher Natur, denen der Maßstab für die Bemessung des dem Schuldner von der Zwangsvollstreckung freizulassenden Vermögens zu entnehmen ist.

Vornan zu stellen ist der Satz, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner nicht bis zur vollständigen Zerrüttung seines Nahrungszustandes und zur Untergrabung seiner wirthschaftlichen Existenz führen darf. Der Satz hat im Executionsrecht aller Culturstaaten durch eine Reihe wichtiger Pfändungsbeschränkungen Anerkennung gefunden. In der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung (Th. 2 Tit. 24 § 95) ist er auch theoretisch zum Ausdruck gebracht: „Maßen die daraus für den Gläubiger entstehende Unbequemlichkeit durch die Betrachtung des allgemeinen Besten, welchem daran, daß nützliche Bürger im Staate nicht ohne die dringendste Noth zu Grunde gerichtet werden, gelegen ist, offenbar weit überwogen wird." Wird dem Schuldner die Möglichkeit einer Fortexistenz aus eigener Kraft entzogen, so fällt er zunächst der öffentlichen Armenpflege zur Last, und das Bestreben, sich das von dieser gewährte Mindestmaß der Existenzbedingung zu verbessern, wird ihn in vielen Fällen dem Verbrecherthum zuführen. Jedenfalls wird mit der Erschwerung, sich wieder ein Heim und eine Existenz zu schaffen, die Arbeitslust und die Erwerbsmöglichkeit schwinden, und der Staat wird in vielen Fällen einen nützlichen Staatsbürger verlieren. Dem Schuldner ist deshalb so viel zu belassen, daß er nicht heimathslos wird, und sein und der Seinigen Leben so lange fristen kann, wie nach den Erfahrungen des Lebens zur Erwerbung neuen Verdienstes nothwendig ist. Diese Beschränkung liegt zugleich im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger. Denn die Erhaltung der wirthschaftlichen Existenz des Schuldners bietet zugleich die beste Gewähr für demnächstige volle Befriedigung. Kurzsichtigkeit manches Gläubigers und die Furcht, daß Andere sich holen könnten, was man selbst nicht nimmt, würde indessen ohne Eingreifen des Gesetzes eine Schonung des Schuldners vereiteln. Die Ausübung aber eines Druckes auf den Schuldner

Digitized by Google

durch die Furcht vor dem Ruin kann als ein erlaubtes Zwangsmittel zunächst überhaupt nicht anerkannt werden. Außerdem steht von einem solchen Druck ein wesentlicher wirthschaftlicher Erfolg kaum zu erwarten. Denn derjenige, welcher nicht schon von selbst alle Kräfte anspannt, wird auch vor einer vollständigen Auspfändung nicht zurückschrecken.

Von weittragender Bedeutung ist die richtige Bemessung der Pfändungsbeschränkungen auf die Creditverhältnisse. Je umfangreicher dem Gläubiger der Eingriff in das Vermögen des Schuldners offen steht, um so größer wird naturgemäß der Credit des Schuldners sein, da sich die Aussicht des Gläubigers auf Befriedigung vermehrt. Je größer aber der Credit ist, um so mehr wird er erfahrungsmäßig auch ausgebeutet. Mancher, der mit seiner Einnahme auskommen würde, wenn er auskommen müßte, wird der Verlockung des angebotenen Credits nicht widerstehen und sich zu Ausgaben verleiten lassen, die das Maß seiner Zahlungsfähigkeit übersteigen. Zugleich vertheuern sich die auf Credit entnommenen Bedürfnisse. Der Gläubiger aber ist genöthigt, sich im Voraus mit Rücksicht auf die Stundung seine Zinsen und mit Rücksicht auf die in jeder Stundung liegende Verlustgefahr eine Sicherheitsprämie zu berechnen. Ist aber der Schuldner erst einmal auf die schiefe Ebene des Creditnehmens über seine Verhältnisse hinaus gelangt, so geht es reißend abwärts. Langten schon vorher die Einnahmen nicht zur Befriedigung seiner Ansprüche, so werden sie noch weniger ausreichen, wenn er Abschlagszahlungen auf seine Schulden machen muß. Er wird den Credit immer theurer bezahlen müssen. Vielfach wird er durch den Creditgeber, der ihn bereits in Händen hat, zu weiteren Creditentnahmen durch Androhung der Geltendmachung der bereits erwachsenen Forderung angereizt werden, bis er vollständig ausgepreßt ist. Ein derartiger Credit ist ungesund und demoralisirend und deshalb vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus möglichst zu unterbinden. Hierzu vermag die Beschränkung der Zwangsvollstreckung beizutragen. Je weiter dieselbe gezogen wird, um so mehr schwindet die Aussicht auf dereinstige Befriedigung und damit die Neigung zum Creditgeben. An die Stelle der Basirung des Credits auf die Möglichkeit vollständiger Auspressung des Schuldners tritt das persönliche Vertrauen. Hierauf hin aber wird der Schuldner nur so weit Credit erhalten, als er dies Vertrauen auch rechtfertigt, d. h. seinem Einkommen gemäß lebt. Damit aber ist der Credit auf seine allein richtige und gesunde Grundlage gestellt. Der Einwand, daß die gesetzliche Beschränkung der Execution die Neigung namentlich des Arbeiterstandes zu unwirthschaftlichen Ausgaben vermehre, ist nicht stichhaltig, da der Credit nicht bloß von der Lust des Schuldners zum Creditnehmen, sondern zugleich auch von seiner

Digitized by Google

Creditfähigkeit abhängt. Diese aber ist bedingt entweder durch die Aussicht auf Befriedigung aus dem vorhandenen Vermögen des Schuldners (Activvermögen und Arbeitskraft als Vermögens im weiteren Sinne) oder durch das persönliche Vertrauen in die Ehrenhaftigkeit und Gewissenhaftigkeit des Schuldners ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckuug in vorhandenes Vermögen oder in den Arbeitslohn.

Bei der Beschränkung des Credits durch Beschränkung der Zwangsvollstreckung kann es sich naturgemäß nicht um den Credit im großen Stile handeln, denn die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung können sich nur in so bescheidenen Grenzen halten, daß jener Großcredit nicht dadurch berührt wird. Wichtig sind sie nur für den Kleincredit, für die große Masse derjenigen, welche von der Hand in den Mund leben und Ersparnisse überhaupt nicht oder nur in geringfügigem Maße machen, die aber trotzdem leicht geneigt sind, es den wohlhabenderen Classen in ihrer Lebenshaltung nachzuthun. Hier ist eine Beschränkung der Creditfähigkeit, durch welche ein gewisser Zwang ausgeübt wird zur Anpassung der Lebensführung an das Einkommen, vom volkswirtschaftlichen Standpunkte anzustreben.

Andererseits ist aber zu berücksichtigen, daß nicht jeder Credit ein ungesunder Credit ist. Zeitweilige Arbeitslosigkeit, Krankheiten in der Familie und sonstige Unglücksfälle machen oftmals Credit zur Fortexistenz nöthig. Ein solcher Credit läßt sich aber nicht immer bloß auf persönliches Vertrauen hin erlangen, sondern setzt die Möglichkeit eines Zugriffs auf exequirbares Vermögen voraus; dieser Credit aber darf dem Arbeiter nicht verschränkt werden, ohne das, was gerade erreicht werden soll: die wirthschaftliche Forterhaltng des Arbeiters, zu verhindern. Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung dürfen deshalb nicht so weit ausgedehnt werden, um zur gänzlichen Creditlosigkeit großer Bevölkerungsclassen zu führen, oder, wo ein Gläubiger in der Erwartung besserer Zeiten das Risico eines Credits übernimmt, dem Schuldner ruinöse Creditbedingungen aufzuzwingen.

Die Aufgabe des Staats beruht aber nicht bloß auf der materiellen Wohlfahrt seiner Bürger, sondern als eines „sittlichen Organismus" gehört auch die Pflege der Sittlichkeit und Humanität in den Kreis seiner Aufgaben. Es ist also dem Zugriff des Gläubigers nicht bloß da Einhalt zu thun, wo derselbe direct mit materiellen Interessen der Allgemeinheit collidirt, sondern auch wo dieselbe zu Härten führt, die der Sittlichkeit widersprechen. Auf diesem Gebiete bedarf es allerdings eines sehr vorsichtigen Vorgehens. Was für den Schuldner Nachsicht ist, ist für den Gläubiger Härte, und der Umstand allein, daß der Schuldner

Digitized by Google

durch die Zwangsvollstreckung in eine bedrängte Lage kommt, darf nicht zu einem Verbot der Zwangsvollstreckung führen. Eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung durch das Gesetz entspricht vielmehr nur dann der Gerechtigkeit, „wenn und soweit die Execution neben dem vollen Vermögensverluste für den Exequenden noch weitere Uebel als die gewöhnlichen Folgen hervorrufen, welche mit dem Zwecke der Befriedigung des Gläubigers in einem Mißverhältniß stehen“.[2]) Dieser Satz ist z. B. von Bedeutung für das Verbot der Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes. Der Arbeiter muß von seinem Lohne leben. Wird derselbe beschlagnahmt, so kann der Arbeiter nicht weiter arbeiten, sondern muß seinen Dienst, vielleicht unter Contractbruch aufgeben, die für die Zukunft arrestirte Lohnforderung kommt also nicht zur Entstehung. Um neuen Beschlagnahmen zu entgehen, ist der Arbeiter genöthigt, ein Wanderleben zu beginnen. Bessere Stellen werden sich ihm bald verschließen. Es schwindet bei ihm die Arbeitslust, und er wird bald dem wirthschaftlichen und sittlichen Untergange preisgegeben sein, ohne daß der Gläubiger Vortheil davon gehabt hat. Einer derartigen inhumanen Rechtsverfolgung muß durch das Gesetz entgegengetreten werden.

Andererseits hat aber der Staat im Allgemeinen ein gleiches Interesse an der Wohlfahrt aller seiner Glieder. Er hat seinen Schutz nicht bloß dem Schuldner, sondern auch dem Gläubiger zu gewähren. Deshalb dürfen die Schranken, welche er der Rechtsverfolgung des letzteren setzt, nicht weiter gezogen werden, als die Aufrechterhaltung des Staatsgedankens dies nothwendig macht. Dieser aber erfordert es nicht, und es würde ihm als eine Unbilligkeit direct widersprechen, dem Schuldner auf Kosten des Gläubigers ein gewisses Wohlleben zu gestatten, zumal wenn der letztere selbst in dürftigen Verhältnissen lebt, wie dies bei den Creditgebern der — von der Execution am meisten bedrohten — großen Masse der Arbeiter und Kleinhandwerker vielfach der Fall ist. Hat Jemand, sei es in Folge eigenen Verschuldens, sei es in Folge von unverschuldeten Unglücksfällen — hierin einen Unterschied zu machen, würde praktisch meist undurchführbar, aber auch dem Gläubiger gegenüber ungerechtfertigt sein; höchstens ließe sich daran denken, gewisse Schulden, insbesondere für Schnaps u. dgl. überhaupt uneinklagbar zu machen — Schulden gemacht, so muß er sich auf das zum Leben Nothwendige einschränken. Es mag hart sein, wenn er auf die zur Verschönerung des Lebens dienenden Annehmlichkeiten und Vergnügungen verzichten muß, wie sie an sich seinem Stande entsprechen, wie sie seine

[2]) Vgl. Sten. Ber. des preuß. Abgeordnetenhauses 1861 Bd. VI S. 1171.

Digitized by Google

Standesgenossen genießen und wie sie von ihm selbst bisher genossen sind. Indessen wie soll der Staat dazu kommen, ihm derartige Annehmlichkeiten, die zum Leben nicht unbedingt erforderlich sind, und an deren Gewährung auch die Allgemeinheit kein directes Interesse hat, auf Kosten einzelner Staatsbürger zu verschaffen! Auch von einer des Schutzes bedürftigen Humanität kann hier keine Rede sein, denn dem Recht des Gläubigers steht die Pflicht des Schuldners gegenüber. Der Schutz des letzteren hat den Verlust des ersteren zur Folge. Nun ist gewiß dahin zu streben, das Loos der arbeitenden Classen zu verbessern, und zwar nicht bloß nach der Richtung eines erhöhten Schutzes gegen die mit der Arbeit verknüpften Gefahren, einer Kranken-, Unfalls-, Invaliden- und Altersversicherung, eines Schutzes gegen Ausbeutung durch die Arbeitgeber (Verbot des Truckſystems, Beschränkung der Arbeitszeit, der Kinder- und Frauenarbeit) u. s. w., sondern auch einer Hebung des standard of life, der Ermöglichung einer besseren Lebensführung als zur Unterhaltung des Lebens unumgänglich nothwendig ist. Es ist dies ein wichtiger Punkt in dem Programm zur Lösung der socialen Frage. Allein dir Förderung dieses Zweckes darf nicht in einer Beschränkung der Zwangsvollstreckung gesucht werden. Hier ist die Grenze, wo der Schutz des Schuldners in Unrecht gegen den Gläubiger umschlägt. Der Staat hat die Verpflichtung, die divergirenden Interessen der Einzelnen auszugleichen. Nun läßt es sich rechtfertigen, wenn der Gläubiger dem Schuldner so viel belassen muß, als derselbe zur Existenz braucht. Ein hierüber hinausgehender Schutz, die Gewährung eines gewissen Wohllebens, darf nicht, ohne in Unrecht umzuarten, auf Kosten einiger Weniger, der Gläubiger, sondern nur auf Kosten der Allgemeinheit gewährt werden. Das tritt besonders scharf ins Licht, wenn der Gläubiger ebenso arm oder noch ärmer ist als der Schuldner, also zusehen muß, wie dieser sich auf seine Kosten unter dem Schutze des Gesetzes eines Comforts erfreut, dessen er selber entbehrt. Dieser Gesichtspunkt wird von denjenigen, welche eine Verbesserung der Lage der Arbeiter in einer Ausdehnung der Pfändungsbeschränkungen suchen, nicht genügend beachtet. Jede Förderung des Wohls der Arbeiter erheischt Opfer von anderer Seite. Die Lösung dieser Interessencollision erfordert aber sorgfältigen Ausgleich, insbesondere aber sorgfältige Abwägung, inwieweit die Lasten vom Einzelnen oder der Allgemeinheit zu tragen sind, wenn der Staat nicht mit seinen Zwecken in Widerspruch gerathen soll.

Meines Erachtens darf die Grenze, bis zu welcher der Schuldner durch Beschränkung der Rechtsverfolgung des Gläubigers zu schützen ist,

Digitized by Google

nicht über dasjenige hinausgehen, was der Schuldner zu Lebensnothdurft und zur Erhaltung seines Nahrungsstandes bedarf. Das muß um so mehr gelten, solange nicht die Beschränkung der Zwangsvollstreckung mit einer Beschränkung der Privatdisposition in gleichem Umfange Hand in Hand geht. Den unentbehrlichen Hausrath kann der Schuldner nicht freiwillig veräußern, weil ihm derselbe eben nothwendig ist. Insoweit also bedarf es keiner Beschränkung der Privatdisposition. Was aber über das Unentbehrliche hinausgeht, wird der Schuldner, wenn die Noth an ihn herantritt, verkaufen oder verpfänden. Damit aber ist der Zweck einer weiter gehenden Pfändungsbeschränkung vereitelt, und es verbleibt allein die gewiß nicht beabsichtigte Wirkung, daß vielfach der frühere Gläubiger, welcher im Vertrauen auf die Redlichkeit und den guten Willen des Gläubigers Credit gewährt hat, nichts erhält, während der spätere Gläubiger, der sich das unpfändbare entbehrliche Vermögen hat verkaufen oder verpfänden lassen, voll befriedigt wird. Eine Beschränkung der Privatdisposition aber würde — abgesehen von dem noch nicht fälligen Dienstlohn, bezüglich dessen besondere Gesichtspunkte maßgebend sind — das zulässige Maß staatlicher Bevormundung überschreiten und bei den Betheiligten viel böses Blut erzeugen. Sie würde den wirthschaftlich berechtigten Credit in bedenklicher Weise untergraben. Sie würde endlich praktisch kaum durchführbar sein, jedenfalls endlose Processe im Gefolge haben.

Bei der Erörterung der Frage der Beseitigung des Lohnarrestes auf dem siebenten deutschen Juristentage ist die Ansicht vertheidigt worden,[3]) daß ein Einschreiten ex officio nicht geboten sei. Man solle an sich die Beschlagnahme des Lohnes gestatten, dem Schuldner aber auf sein Anrufen eine Competenz gewähren. Wäre dieser Gedanke richtig, so müßte derselbe folgerichtig zu einer Ausdehnung auf alle Pfandexecutionen führen, an sich also wäre die Zwangsvollstreckung schlechthin zu gestatten, dem Schuldner aber zu überlassen, ob er die jetzt von Amtswegen zu berücksichtigenden Befreiungen beantragen will. Besonders nahe aber läge es, unter diesen Gesichtspunkt eine etwaige Ausdehnung der Pfändungsbeschränkungen über das Maß des Nothwendigen hinaus zu bringen, indem man sagen könnte, daß der Schuldner selbst am besten zu ermessen vermöge, wie weit die an sich zulässige Beschränkung der Zwangsvollstreckung seinen Interessen dienlich sei. Ich halte den zu Grunde liegenden Gedanken indessen nicht für richtig. Hält der Staat im öffentlichen Interesse eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung für erforderlich,

---

[3]) Verhandl. d. siebenten deutschen Juristentages Bd. II S. 101, 259.

Digitized by Google

so muß er sie um deswillen durchführen, und darf sie nicht von dem Belieben des oft kurzsichtigen Schuldners abhängig machen, der über einen ihm in der Gegenwart vom Gläubiger gebotenen kleinen Vortheil oder unbestimmte Versprechungen hin die späteren Folgen seiner Handlungen übersieht. Auch dem Gläubiger selbst wird nur wenig damit gedient sein. Denn nimmt er aus Furcht vor nutzlos aufgewendeten Kosten von der Pfändung Abstand, so muß er vielleicht späterhin zusehen, wie gegen die Pfändung eines späteren Gläubigers vom Schuldner Einwand nicht erhoben wird. Pfändet er aber, so setzt er sich unnützen Kosten aus, wenn auf Einspruch des Schuldners die Freigabe erfolgen muß. Endlich ist der Corruption Thür und Thor geöffnet. Es wird unter den Gläubigern häufig ein Wettrennen entstehen, dem Schuldner Vortheile zu bieten, wenn er zu ihren Gunsten die Pfändung gestattet, und sich auf diese Weise ein vom sittlichen Standpunkte aus verwerflicher Schacher herausbilden, bei welchem der Meistbietende den Sieg davonträgt.

Dies sind im Allgemeinen die Gesichtspunkte, denen meines Erachtens vom gesetzgebungspolitischen Standpunkte aus das Maß der Zwangsvollstreckungsbeschränkungen zu entnehmen ist, und auf deren Grundlage ich nunmehr zur Prüfung des vorhandenen Zustandes komme.

III.

Aus der Entstehungsgeschichte des beneficium competentiae ist uns nur so viel bekannt, daß seine Wirkungen ursprünglich bloß darin bestanden, daß der Schuldner auf nicht mehr verurtheilt werden durfte, als sein Vermögen betrug, wodurch er den Nachtheilen der Zahlungsunfähigkeit entging, während die Wirkungen späterhin dahin erweitert wurden, daß dem Schuldner so viel von seinem Vermögen belassen werden mußte, um ihn vor Mangel zu schützen. Im Uebrigen ist der Grund seiner Entstehung und sein Zusammenhang mit den anderen Rechtsinstituten in Dunkel gehüllt. Es läßt sich darüber streiten, ob die Rechtswohlthat, die bekanntlich nur einigen wenigen, meist alimentationsberechtigten Personen zusteht, in ihrer aus dem römischen Recht überkommenen Gestalt jemals eine innere Berechtigung gehabt hat. Jedenfalls entspricht sie den heutigen Rechtsanschauungen nicht mehr. Der Zug der Zeit geht deshalb auf ihre Beseitigung. Particularrechtlich ist das ben. competentiae bereits mehrfach aufgegeben,[4]) und seine vollständige Beseitigung

[4]) Der code civil thut desselben keine Erwähnung. Ausdrücklich aufgehoben ist es durch die nassauische Executionsordnung v. 16. Juli 1854. Als Folge der

Digitized by Google

steht im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in Aussicht.[5]) Um so weniger kann daran gedacht werden, dasselbe zu verallgemeinern und in Zukunft jedem Schuldner das Recht zu geben auf Belassung von so viel seines Vermögens, als er zum nothwendigen Unterhalt bedarf.

Es würde das ein Privilegium der Besitzenden werden. Denn nur, wo Vermögen vorhanden ist, kann von der Belassung einer Competenz die Rede sein. Die große Masse der Besitzlosen, deren sociale Lage zu bessern in erster Linie durch die Ausdehnung der Pfändungsbeschränkungen angestrebt wird, würde also keinen Vortheil davon haben. Für die Besitzenden allein auf Kosten ihrer Gläubiger ein Benefiz zu schaffen, liegt aber vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus und im Interesse des Staates kein Bedürfniß vor, zumal diesen in Folge ihrer socialen Stellung, ihrer Familienbeziehungen, ihrer besseren Ausbildung die Beschaffung von Existenzmitteln leichter fallen wird, als der großen Masse der Besitzlosen. Außerdem aber wird auch, wie die Motive zur Concursordnung (S. 383) hervorheben, die der Rechtswohlthat zu Grunde liegende Absicht, dem Schuldner wieder zu Wohlstand zu verhelfen, gewiß nicht erreicht durch bloße Belassung einer Competenz zur Bestreitung der nothwendigsten Lebensbedürfnisse. Dazu bedarf es anderer Mittel. Die Absicht schlägt fehl, denn eine solche Beschränkung untergräbt den Credit.

Der Deutsche Landwirthschaftsrath hat unlängst die Frage einer allgemeinen Ausdehnung der Rechtswohlthat des Nothbedarfs auf landwirthschaftliche Grundstücke angeregt, indem er dem Vorschlage zugestimmt hat, daß beim Erlaß eines deutschen Zwangsvollstreckungsgesetzes in Liegenschaften folgende Bestimmung aufgenommen werde: Von der Zwansvollstreckung in landwirthschaftliche Anwesen soll (allgemein oder doch wenigstens gegenüber der Zwangs- und Sicherheitshypothek) in folgerichtiger Ausbildung des dem § 715 der Civilproceßordnung zu Grunde liegenden Gedankens, unter Wahrung der Rechte der Gläubiger, ein Besitzminimum, das neben den nöthigen Wohn- und Wirthschaftsräumen eine im Verhältniß zum Gesammtbesitz zu bemessende Fläche Land zu umfassen hätte, ausgenommen sein.

Meines Erachtens ist der Vorschlag entschieden von der Hand zu weisen. Man vergegenwärtige sich nur einmal die Ausführung und die Wirkungen desselben. Wie soll sich das Verfahren gestalten zur Aus-

Güterabtretung im Concurse ist das Beneficium durch Aufhebung der letzteren in § 4 Einf.-Ges. z. K.O. beseitigt worden.

[5]) Mot. Bd. II S. 33 ff.

Digitized by Google

scheidung des dem Subhastaten zu belassenden Theils seines Grundstücks? Die Feststellung einer bestimmten Größe im Gesetz thut es nicht allein, denn es muß doch auch der Verschiedenartigkeit des Bodens Rechnung getragen werden. Der Schuldner wird naturgemäß eine Belassung vom besten, der Gläubiger vom schlechtesten Ackerlande wünschen. Nach welchen Grundsätzen soll hier entschieden werden? Man denke ferner daran, wie zeitraubend und kostspielig das Aussonderungsverfahren sein würde. Wie soll die Beschaffung der nothwendigen Wohn- und Wirthschaftsräume erfolgen? Sollen für den Schuldner eigens neue Gebäude errichtet oder soll ihm ein Theil der vorhandenen Gebäude belassen werden? Letzterenfalls wird der Rest der Gebäude gänzlich entwerthet. Denn wer will noch bieten, wenn er den Complex einheitlicher Wirthschaftsgebäude mit dem Schuldner theilen soll. Wie groß soll ferner die Competenz bemessen werden? Wird die Flächenzahl einheitlich festgestellt, so muß dies ja nach der Fruchtbarkeit des Bodens zu der denkbar größten Ungleichheit führen. Soll aber der Richter von Fall zu Fall die Größe feststellen, welchen Maßstab soll er dann zu Grunde legen? Die Größe der jeweiligen Familie des Schuldners, die Preisverhältnisse der Gegend oder was sonst? Wie endlos würde die Subhastation durch ein solches Verfahren verschleppt, denn der Verkauf kann doch nicht eher durchgeführt werden, als bis rechtskräftig festgestellt ist, was dem Schuldner zu verbleiben hat. Und nun gar erst die Creditverhältnisse! Wer will unter solchen Umständen noch auf ein ländliches Grundstück borgen? Hat aber der Landmann in Zeiten der Noth nicht den erforderlichen Credit, so leidet darunter die Wirthschaft, insbesondere wird die Ackerbestellung vielfach nicht vorgenommen werden können. Damit treten aber erst recht wirthschaftliche Nachtheile für ihn hervor.

Ob sich der dem Beschluß des Landwirthschaftsraths zu Grunde liegende Gedanke der Erhaltung und Vermehrung des Bauernstandes und der Ansässigmachung der Arbeiter auf Grundlage des dem Reichstage augenblicklich zur Berathung vorliegenden Heimstättengesetzes durch freiwillige Begründung einer nur bis zu einem bestimmten Betrage verschuldbaren Heimstätte errichten läßt, ist eine andere Frage. Ein bloße Executionsbeschränkung durch Gewährung eines Besitzminimums wird jenen Zweck schwerlich erreichen.

IV.

Während die Competenz in ihrer römischrechtlichen Gestalt als Anspruch einzelner Personen auf Belassung des nothdürftigen Unterhalts dem modernen Wirthschafts- und Rechtsbedürfniß nicht mehr entspricht,

Digitized by Google

und ihrer Erhaltung auch nicht durch eine allgemeine Ausdehnung auf jeden Schuldner das Wort geredet werden kann, hat die neuere Rechtsentwickelung den der Rechtswohlthat zu Grunde liegenden Gedanken in anderer Form nutzbar gemacht, nämlich dadurch, daß sie eine größere Anzahl zur Erhaltung der Existenz und des Nahrungsstandes des Schuldners unentbehrlicher Vermögensstücke schlechthin dem Zugriff jedes Gläubigers entzogen hat.

Die weitestgehende Art dieser Competenz ist die sogenannte Beamtencompetenz. Hervorgegangen aus einer irrthümlichen Auslegung der c. 3 X de solut. (3,23), auf Grund deren nach der kanonistischen Lehre Clerikern das zum Lebensunterhalt Nothwendige aus ihren kirchlichen Einkünften belassen werden mußte, wurde das Benefiz durch die Praxis auf Beamte, Advocaten, Theologen und noch andere Classen von Personen, die zur Erfüllung der Aufgaben der Staates förderlich erschienen, ausgedehnt. Nach und nach erweiterte sich diese Beamtencompetenz zu einem über das Nothwendige hinausgehenden, reichlicheren, standesgemäßen Unterhalt, und in dieser Gestalt hat dieselbe unter den Pfändungsbeschränkungen der Civilproceßordnung Aufnahme gefunden; danach ist das Diensteinkommen der Officiere, Militärärzte und Deckofficiere, der Beamten, Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten nur soweit dasselbe 1500 Mk. übersteigt und bezüglich des Mehrbetrages auch nur zu einem Drittel pfändbar. Zugleich ist diesen Personen bei der Pfändung ein bestimmter Geldbetrag zu belassen, ohne Rücksicht darauf, ob das Geld aus dem Gehalt oder anderswo herrührt. Der Grund dieser weitgehenden Pfändungsbeschränkung liegt darin, daß, wenn keine Stockungen im Getriebe des Staatswesens eintreten sollen und das Ansehen des Staates nicht leiden soll, die ausführenden Träger der staatlichen Pflichten nicht bloß überhaupt im Stande erhalten werden müssen, ihren Obliegenheiten nachzukommen, sondern auch in der Lage erhalten werden müssen, nach außen hin standesgemäß aufzutreten. Von diesem directen Interesse, welches der Staat an der Execution gegen seine Beamten hat, ist dasjenige wesentlich verschieden, welches bei allen übrigen Staatsbürgern in Betracht kommt. Bei diesen hat der Staat ein Interesse an der Erhaltung ihrer Existenz. Es muß ihnen deshalb das hierzu Nothwendige gelassen werden. Darüber hinaus liegt kein Grund vor, die aus der besonderen Stellung des Staates zu seinen Beamten sich ergebende weitergehende Competenz zu einer allgemeinen zu erweitern.[6])

[6]) Ich stimme darin mit Koch (Ueber die Zulässigkeit der Beschlagnahme von Arbeits- und Dienstlöhnen S. 19) überein.

Digitized by Google

Dagegen ergiebt sich aus den bisherigen Ausführungen, daß dem Schuldner insoweit eine Competenz gewährt werden muß, als dies erforderlich ist, um ihn vor Verfall zu schützen. Hier kommt in erster Linie der Arbeitslohn in Betracht. Er ist die Quelle, aus welcher der Arbeiter für sich und seine Familie den Lebensunterhalt schöpft. Wird ihm dieselbe durch Beschlagnahme des Arbeitsverdienstes abgegraben, so ist ihm damit seine Existenzbedingung abgeschnitten. Hier hat deshalb schon das Gesetz über die Aufhebung der Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes abgeholfen, und zwar hat dasselbe, über den Entwurf des Bundesraths hinaus, welcher den Lohn so weit, als er zum nothdürftigen Unterhalt des Schuldners und seiner Familie erforderlich ist, freilassen wollte, die Beschlagnahme vor der Fälligkeit schlechthin untersagt.

Fordert der Arbeiter den Lohn am Fälligkeitstage nicht ein, so giebt er damit zu erkennen, daß er desselben nicht nothwendig bedarf. Es liegt deshalb keine Veranlassung vor, das Gesetz auch durch Verbot der Beschlagnahme des bereits fälligen und verdienten, aber noch nicht eingeforderten Lohnes zu erweitern.

Das Gesetz erstreckt sich zwar nur auf Arbeitsverhältnisse, welche eine gewisse Stetigkeit und Dauer aufweisen, während Arbeiten von ganz vorübergehender Dauer nicht unter dasselbe fallen. Indessen auch hier liegt ein Bedürfniß zu einer Ausdehnung der Pfändungsbeschränkungen nicht vor. Es handelt sich hierbei vorzugsweise um Arbeiten gegen Tagelohn. Abgesehen nun davon, daß hier das Arbeitsverhältniß vielfach von einer so kurzen Dauer ist, daß die Pfändung zu spät käme, muß angenommen werden, daß bei Verdingung gegen Tagelohn, für die Zukunft gerechnet, gar keine rechtlich bestehende und mithin pfändbare Forderung vorliegt, weil nach jedem Tage ein neuer Vertrag geschlossen wird, die Pfändung aber wirksam nur in eine Forderung vollzogen werden kann, welche auf einem zur Zeit der Pfändung bereits bestehenden Vertragsverhältnisse beruht.[7]) Indessen auch abgesehen von dieser juristischen Aufffassung der Frage sind meines Wissens bisher Klagen über Beschlagnahmen von Tagelöhnen nicht laut geworden. Es liegt deshalb keine Veranlassung zu einem gesetzgeberischen Eingriff vor.

Wesentlich anders aber liegt die Frage bezüglich des Schutzes gegen Pfändung des Lohnes *nach der Vereinnahmung*. Für den Schuldner muß es naturgemäß gleichgültig sein, ob sein Lohn im Voraus mit Beschlag belegt oder ob ihm jedes Mal nach der Erhebung vom Gerichtsvollzieher das in seinen Händen befindliche baare Geld abgenommen wird. Die Wirkung ist in beiden Fällen durchaus dieselbe.

Digitized by Google

Danach erweist sich ein Verbot der Pfändung des vereinnahmten Lohnes ebenso nothwendig, als des noch ausstehenden. Wenn bisher in dieser Richtung Klagen über den Druck der Zwangsvollstreckung noch nicht in weiterem Umfange laut geworden sind, so beruht dies einerseits darauf, daß die Gerichtsvollzieher nach meinen Erkundigungen dem Schuldner, welcher nicht für 14 Tage Lebensmittel hat (§ 715 Nr. 2 C.P.O.) meist einen kleinen Geldbetrag von etwa 5 Mk. zu belassen pflegen, andererseits darin, daß es dem Schuldner vielfach möglich ist, das ihm bezahlte Geld, auch wenn dasselbe gesetzlich der Pfändung nicht entzogen ist, doch thatsächlich der Pfändung zu entziehen, indem er z. B. durch seine Frau oder einen guten Freund das Geld abheben läßt und unter deren Vermittelung darüber disponirt. Zur Ausschließung einer gesetzlichen Regelung sind indessen diese Thatsachen nicht geeignet.

Nun ist zwar neuerdings die Behauptung aufgestellt worden, daß das Reichsgesetz vom 21. Juli 1869 den Arbeits- und Dienstlohn nicht bloß als Forderung, sondern auch seiner Vereinnahmung als körperliche Sache in der Hand des Bezugsberechtigten schütze.[7]) Ich halte diese Ansicht indessen nicht für richtig. Aus dem Wortlaut und Inhalt des Gesetzes, wie aus den Reichstagsverhandlungen scheint mir hervorzugehen, daß das Gesetz sich nur auf die Lohnforderung, nicht auf baares Geld bezieht, selbst wenn dieses aus Lohn herrührt. In gleicher Weise wird die Bedeutung des Gesetzes auch in den Motiven zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Bd. IV. S. 215 aufgefaßt. Ausschlaggebend aber ist § 749 Nr. 1 C.P.O. Dort wird, wie sich aus der Stellung im System ergiebt, der Arbeits- und Dienstlohn nur als Forderung der Beschlagnahme entzogen und wegen der näheren Bestimmungen auf das Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 verwiesen. Sollte also letzteres sich in der That auch auf baares Geld erstrecken, so müßte diese Vorschrift durch die Civilproceßordung als beseitigt angesehen werden, um so mehr, da bezüglich der Officiere, Beamten u. s. w. sich neben dem Verbot der Beschlagnahme ihres Diensteinkommens als Forderung in § 749 noch ein besonderes Verbot der Pfändung baaren Geldes in § 715 findet.

---

[7]) Erk. d. preuß. Obertribunals v. 11. Novbr. 1852, Striethorst, Archiv Bd. 7 S. 318, Koch, Der preuß. Civilproceß, 2. Ausg. S. 561.

[8]) Schönfeld in der Zeitschrift für Gerichtsvollzieher 1890 S. 9. Auch Landgericht Ulm (Zeitschr. f. deutsch. Civilproceß XI S. 161) und Mandry (Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, 2. Aufl. S. 241) erstrecken das Pfändungsverbot auf das vereinnahmte baare Geld, schränken dies aber ein bis zum Ablauf des Tages, an welchem die Vergütung zu entrichten war.

Digitized by Google

Aber auch wenn man von der gegentheiligen Ansicht ausgeht, erscheint mir eine Vorschrift, wonach dem Schuldner ein kleiner Betrag an baarem Gelde belassen wird, nothwendig. Der Gerichtsvollzieher kann dem beim Schuldner vorgefundenen Gelde nicht ansehen, ob dasselbe aus Arbeitslohn oder anderswo herrührt. Er wird dasselbe also wegnehmen und dem Gläubiger aushändigen. Zu einer Beschwerde nach § 685 C.P.O. wird regelmäßig vor der Aushändigung an den Gläubiger keine Zeit sein. Der Schuldner wäre also auf den Weg der Condiction gewiesen. Mit dieser aber wird er meines Erachtens nicht durchdringen. Mindestens läge ihm der sehr schwierige Beweis ob, daß das Geld nirgends anderswo, als aus unbeschlagnahmbarem Arbeitslohn herrührt. Welche Summe von Arbeit, Zeit und Geld erheischt außerdem ein solches Verfahren! Auch von diesem Standpunkte aus wird man deshalb eine gesetzliche Bestimmung bezüglich des Verbots der Pfändung baaren Geldes als erstrebenswerth ansehen müssen.

Es ist indessen noch ein weiterer Gesichtspunkt in Betracht zu ziehen. Wollte man die Beschränkung der Pfändung von baarem Gelde nur so weit ausdehnen, als das letztere aus unbeschlagnahmbarem Arbeitslohn herrührt, so würde das einerseits zu weit führen, andererseits nicht ausreichen.

Nach den obigen Ausführungen ist dem Schuldner so viel von seinem Vermögen zu belassen, als er bis zum nächsten Lohntage, bezw, wenn er sich einen neuen Erwerb beschaffen muß, so lange für seinen und seiner Angehörigen Unterhalt bedarf, bis er sich nach den Durchschnittserfahrungen des täglichen Lebens Verdienst beschaffen kann. Uebersteigt der vorgefundene Geldbetrag dieses Bedürfniß, so muß derselbe so weit pfändbar sein, auch wenn er aus unpfändbarem Arbeitslohn herrührt. „Es hätte," wie Koch in der oben Note 6 citirten Schrift bemerkt, „etwas das Rechtsgefühl Bedrückendes, wenn der Schuldner bei reichlichem Arbeits- oder Dienstlohn sich dem Wohlleben ergeben könnte, indeß der Gläubiger oder die Gläubigerin in Dürftigkeit und Noth verkäme. Die Execution muß alles das ergreifen, was der Schuldner irgend entbehren kann. Nur über die feine Greuze darf sie nicht hinausgehen, auf welcher summum jus in summa injuria umschlägt." Diejenigen Gründe, welche, solange der Lohn noch Forderung ist, für die Unpfändbarkeit des ganzen Lohnes geltend gewesen sind, treffen hier nicht zu. Es handelt sich nicht mehr um eine Beschränkung der Persönlichkeit durch Sequestrirung der Arbeitskraft, sondern um einen wie jedes andere Vermögen bereits erworbenen Vermögensbestandtheil. Es wird auch keine Gefährdung der Continuirlichkeit des Arbeitsverhältnisses her-

Digitized by Google

vorgerufen, die bei einer Beschlagnahme des unverdienten Lohnes für die Zukunft eintreten kann, sei es auf Seiten des Arbeiters, weil er sich unter Aufsuchung anderweiter Arbeit von dem Druck der Pfändung befreien soll, sei es von Seiten des Arbeitgebers, dem, namentlich in größeren Betrieben, die Berechnung der gepfändeten Lohnabzüge lästig ist.

Andererseits liegt kein innerer Grund vor, eine Competenz nur aus solchem Gelde zu gewähren, welches aus Lohn im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes herrührt. Bei der Gleichheit des Bedürfnisses muß dieselbe Jedem zustehen. Weshalb soll dem Kaufmann, dem Tagelöhner oder gar demjenigen, der mit Rücksicht auf seine Nothlage Unterstützungsgelder erhalten hat, alles Geld genommen werden, während dem Arbeiter im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes eine Competenz belassen werden muß? Außerdem fällt bei einer Gleichstellung die schwierige Untersuchung fort, ob das vorhandene Geld aus Lohn oder anderswo herrührt.

Recht schwierig ist allerdings die Frage, wie die Competenz bemessen werden soll. Ist das, was ich bisher ausgeführt habe, richtig, so ist dem Schuldner so viel baares Geld zu belassen, als er für sich und die Seinigen bedarf, bis er sich eine den nothdürftigen Unterhalt gewährende Einnahmequelle erschlossen hat. Eine Competenz hierüber hinaus würde zum Unrecht gegen den Gläubiger werden. Nun läßt sich freilich im Voraus vielfach nicht übersehen, bis wann der Schuldner neuen Ertrag aus seiner Arbeitskraft bezieht. Auch die Höhe des Bedarfs muß je nach den örtlichen und persönlichen, insbesondere den Familienverhältnissen eine sehr verschiedene sein.

Von vornherein zurückzuweisen ist hier der Gedanke, die Bemessung in jedem einzelnen Falle dem Richter zu überlassen. Denn abgesehen davon, daß in der Civilproceßordnung für ein derartiges Verfahren gar keine Form vorhanden ist, würde dasselbe eine solche Unsumme von Arbeitskraft und Geld — denn ohne Zeugenvernehmungen wird der Richter zu einer Ausgleichung der divergirenden Interessen von Schuldner und Gläubiger gar nicht in der Lage sein — erfordern, das dieselbe zu dem zu erreichenden Ziel in keinem Verhältniß stände. Was aber die Hauptsache ist: die Competenz würde auf diesem weitläufigen Wege ihrer ganzen Bedeutung verlustig gehen. Wenn der Schuldner ausgepfändet wird, bedarf er sofortiger Subsistenzmittel. Wird sie ihm erst auf Grund eines viele Tage oder Wochen dauernden Verfahrens gewährt, so verliert sie ihren Zweck. Es wird sich deshalb darum handeln, ob sich ein von vornherein feststehender Durchschnittssatz finden läßt, welcher dem praktischen Bedürfniß im Wesentlichen zu genügen geeignet ist.

Digitized by Google

Bei den Verhandlungen des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohlthätigkeit zu Karlsruhe im Herbste 1888 über die Wohnungsfrage vom Standpunkte der Armenpflege wurde der Beschluß gefaßt, es sei auf Bekämpfung der Wohnungsnoth, insbesondere auch im Wege der staatlichen Gesetzgebung hinzuwirken und hierbei insbesondere auch anzustreben:

> „thunliche Sicherung des Besitzes des zur zweckentsprechenden Benutzung einer Wohnung unentberlichen Mobiliars",

da als Wohnung nur ein dem Wohnzweck entsprechend ausgestatteter Raum angesehen werden könne. Der Beschluß wurde zur weiteren Bearbeitung an eine Commission verwiesen, die wiederum eine Untercommission bestellte. Letztere hat sich in ihrem Bericht für eine Ausdehnung der bisherigen Beschränkungen der Vollstreckung in Mobilien ausgesprochen und einen Entwurf vorgelegt, wie der § 715 C.P.O. nach ihrer Meinung zu erweitern wäre. Hierbei ist auch die Pfändung von baarem Gelde berücksichtigt und folgende Fassung der Nr. 7 des § 715 C.P.O. vorgeschlagen:

> „Ein Geldbetrag von mindestens dem Sechsfachen des Tagelohns gewöhnlicher Tagearbeiter, wie derselbe auf Grund des § 8 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 bestimmt ist; bei Officieren, Deckofficieren" u. s. w. wie im Gesetz.

Was zunächst die Höhe dieser Competenz betrifft, so ist dieselbe nach dem Bedürfniß des Arbeiterstandes bemessen. Damit ist die Frage jedenfalls von ihrer wichtigsten, praktisch bedeutendsten Seite angefaßt. Die Executionen gegen die Arbeiter und Kleinhandwerker bilden die große Masse, bei welcher die Pfändung sich bis an das Maß des gesetzlich Zulässigen erstreckt, wo also das Bedürfniß am stärksten ist. Nun liegt allerdings kein Grund vor, die Competenz lediglich zu einem Privilegium gewisser Berufskreise zu gestalten. Ihrem Zwecke nach muß sie jedem Schuldner gewährt werden. Dagegen läßt es sich allerdings rechtfertigen, ihre Höhe nach dem hauptsächlichsten praktischen Anwendungsfalle zu bemessen. Außerdem soll die Competenz nur zur Befriedigung der Nothdurft dienen. Wenn nun auch nicht zu verkennen ist, daß der Maßstab für letztere kein mechanischer, unbedingt gleicher ist, sondern daß dabei die Verschiedenheit der Individualität der betreffenden Personen Berücksichtigung finden muß, so ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß ein Schuldner, dessen bisheriger Lebensstand über den des Arbeiterstandes hinausgegangen ist, im Durchschnitt vermöge seiner besseren Ausbildung

Digitized by Google

und der ihm leichter zu Gebote stehenden Hülfe von Verwandten und Freunden eher im Stande sein wird, den gegenwärtigen Zustand der Noth zu überwinden.

Besonders zweckmäßig erscheint mir auch die Bemessung nach dem Sechsfachen des Tagelohns. Die meisten Arbeiter erhalten ihren Lohn nicht täglich, sondern in bestimmten Zeitabschnitten, gewöhnlich am Ende der Woche. Bleibt ihnen also der sechsfache Tagelohn von der Pfändung frei, so reicht dies bis zur neuen Lohnzahlung aus.

Keine Rücksicht nimmt der erwähnte Vorschlag auf die für die Bemessung der Competenz allerdings nicht unwichtigen Frage nach der Größe der vom Schuldner zu unterhaltenden Familie. Allein hierin schließt er sich dem geltenden Recht an, welches die Beamtencompetenz nur nach der Höhe des Gehalts ohne Rücksicht auf die Familienverhältnisse bemißt. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß dem Arbeiter der ganze (Durchschnitts-) Tagelohn frei bleibt. Ist es aber einerseits mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit des Betrages, um den es sich hier handelt, nicht erforderlich, die Competenz herabzusetzen, wenn der Schuldner keine Familie hat, so bedarf es aber auch andererseits keiner Erhöhung bei einer großen Familie. Denn muß der Schuldner diese außerhalb einer Zwangsvollstreckung von seinem Lohn zu unterhalten suchen, so kann er einer Zwangsvollstreckung gegenüber nicht günstiger gestellt werden.

Schließlich empfiehlt sich der Vorschlag noch durch seine Anschmiegung an die verschiedenartigen örtlichen Verhältnisse durch die Bemessung der Competenz nach dem auf Grund des Krankenversicherungsgesetzes für jeden Ort festgesetzten Durchschnittstagelohn.

Aus diesen Gründen halte ich den Vorschlag der Subcommission des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohlthätigkeit für eine angemessene, dem praktischen Bedürfnisse am besten entsprechende Bemessung der oben befürworteten Competenz. Dagegen kann ich mich für eine hierüber hinausgehende Competenz nicht aussprechen. Im einzelnen Falle mag das Gewährte nicht ausreichen. Will man aber nicht den festen Boden unter den Füßen verlieren, so muß irgend eine Schranke gezogen werden, und hierin scheint mir im Großen und Ganzen der obige Vorschlag das Richtige zu treffen. Eine weitere Fürsorge für den Schuldner, insbesondere unter den arbeitenden Classen, muß auf anderem Wege gesucht werden.

V.

Während Klagen und Beschwerden über die Pfändung von baarem Gelde, selbst soweit dies aus Arbeitslohn herrührt, aus den bereits

Digitized by Google

hervorgehobenen Gründen bisher in weiterem Umfange noch nicht laut geworden sind, macht sich dagegen eine Agitation für eine Ausdehnung der übrigen Pfändungsbeschränkungen des § 715 C.P.O. bemerkbar. Dieselbe nimmt ihren Ausgangspunkt im Wesentlichen von dem Bestreben der Verbesserung der Lage der Arbeiter.

Vor mir liegt eine beim „Wettstreit zur Verbesserung der Lage der Arbeiter" zu Köln 1890 mit der goldenen Medaille preisgekrönte Schrift,[9]) welche der Beschränkung des Pfändungsrechts mit folgender Schilderung das Wort redet: „Sehen wir uns in der Wohnung einer solchen ausgepfändeten Familie um. Die wenigen Wohnräume sind öde und kahl, und die nackteste Armuth und der Hunger haben ihren Einzug gehalten. Die Frau vermißt alle Stücke, woran ihr Herz hing, sie ist der Verzweiflung nahe .... Sind die Sachen gepfändet und fortgeschafft, so bricht bald der Unfrieden in der Familie aus. Der Mann kommt nach schwerer Arbeit nach Hause und findet seine Frau und die Kinder weinend, die Stube kalt und die Schüsseln leer. Er kann das häusliche Elend nicht ertragen und flieht in die Schenke .... Die Frau verlangt von dem Manne Brod und dieser Brod von der Frau. Es kommt zu harten Redensarten, zu den ärgsten Schimpfworten und endlich zu Schlägereien, wobei die Kinder Zeugen sind, welche alsdann täglich ein schlechtes Beispiel vor Augen haben. Endlich nimmt die Noth derartig überhand, daß der Ernährer der Familie ganz zu Grunde geht und diese der Armencasse zur Last fällt. Das ist das Ergebniß der Execution in sittlicher Beziehung. Der pecuniäre Erfolg für den Gläubiger bleibt stets hinter den Erwartungen zurück."

Ich halte es für grundverfehlt, das hier geschilderte Arbeiterelend durch eine Beschränkung des Pfändungsrechts heilen zu wollen. Erfahrungsmäßig hat die große Masse der Arbeiter meist überhaupt nicht viel mehr Mobilien, als für die Familie unentbehrlich ist. Die Zwangsvollstreckung macht deshalb die Wohnung nicht kahl und öde. Das, was dem Arbeiter als unentbehrlich zu belassen ist, läßt seine beschränkten Räume bei Ordnung und Sauberkeit immer noch wohnlich erscheinen. Darin stimmen nicht bloß die Gerichtsvollzieher, sondern auch alle sonstigen mit den Verhältnissen der Industrie- und ländlichen Arbeiter vertrauten Personen, bei denen ich Erkundigungen eingezogen habe, überein. Auch Armuth und Hunger halten beim Arbeiter ihren Einzug nicht erst mit der Zwangsvollstreckung. Die Civilproceßordnung giebt Nahrungs-

[9]) Die Ausbeutung der Arbeiter und die Ursachen ihrer Verarmung. 1891. Zweite Auflage.

Digitized by Google

und Feuerungsmittel für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen, eventuell noch dazu eine Kuh, zwei Ziegen oder zwei Schafe frei von der Execution. Behält der Schuldner daneben einen kleinen Geldbetrag, wie oben befürwortet, und kann sein Arbeitslohn nicht mit Arrest belegt werden, so wird durch die Zwangsvollstreckung seine Existenzfähigkeit nicht gefährdet.

Die Gründe des Arbeiterelends liegen ganz wo anders. Arbeitsstockungen, Lohnsätze, welche nicht nur keine Ersparnisse für Zeiten der Noth, sondern vielfach nicht einmal einen ausreichenden Unterhalt für die Familie gewähren, Vergeudung des Lohnes in den Schenken, das sind die Quellen, aus denen die Noth des Arbeiterstandes entspringt, nicht die Zwangsvollstreckung. Die Belassung einiger weniger Mobiliarstücke mehr wird an der Noth nichts ändern.

Von größerer Tragweite ist die Zwangsvollstreckung in denjenigen Kreisen, welche über den ganz gewöhnlichen Arbeiterstand hinausreichen. Hierbei ist nicht bloß an die höheren, wohlhabenden Classen zu denken, sondern auch an den kleinen Handwerker, Werkmeister, Aufseher u. s. w. Hier ist die Lebenshaltung und damit der Mobiliarbesitz bereits ein besserer, als beim gewöhnlichen Arbeiter. Hier ist die Zwangsvollstreckung in Folge dessen eine ausgiebigere, und der Schuldner wird sich von manchem Vermögensstück trennen müssen, an welchem sein Herz hängt. Allein wer Schulden hat, muß sich eben auf das Nothwendigste beschränken. Hat ihm der Gläubiger dieses zu belassen, so führt die Beschränkung der Zwangsvollstreckung hierüber hinaus, also die Belassung eines gewissen Comforts, zu einem Unrecht gegen den Gläubiger. Außerdem verliert bei diesen Classen die Zwangsvollstreckung dadurch viel von ihrer Härte, als sie vermöge ihrer besseren Lohnverhältnisse eher im Stande sind, insbesondere unter Benutzung der Möbelleihverträge, ihre Wohnungsausstattung wieder auf einen über das Unentbehrliche hinausgehenden Standpunkt zu bringen, auch erfahrungsmäßig Verwandte und Freunde häufig theils aus Eigenem, theils dadurch aushelfen, daß sie das Mobiliar bei der Versteigerung ankaufen und dem Schuldner weiterhin belassen.

Der Verein für Armenpflege und Wohlthätigkeit hat die Beschränkung der Mobiliarexecution mit der Wohnungsfrage in Verbindung gebracht, indem er davon ausgeht, daß die Wohnungsfrage mehr sei, als eine Frage des Häuserbaues und als Wohnung nur ein dem Wohnzweck entsprechend ausgestatteter Raum angesehen werden könne. In Folge dessen hat die bereits erwähnte Subcommission vorgeschlagen, den § 715 C.P.O. dahin zu erweitern, daß dem Schuldner außer einer Anzahl im Einzelnen

Digitized by Google

aufgeführter Mobiliar- und Kleidungsstücke — welche unentbehrlich und deshalb schon jetzt unpfändbar sind — auch der sonstige Hausrath, von dem der Schuldner glaubhaft macht, daß er sich in seinem und seiner Familie täglichen Gebrauch befindet, falls derselbe einen Schätzungswerth von nicht über 200 Mk. hat, oder vom Schuldner auszuwählende Stücke desselben im Gesammtwerthe von nicht über 200 Mk. zu belassen ist.

Dem gegenüber halte ich es zunächst für verfehlt, die Frage der Wohnungsausstattung als Executivfrage zu behandeln. Soll der standard of life des Arbeiters durch eine über das Unentbehrliche hinausgehende Einrichtung der Wohnung gehoben werden, so bedarf es, ebenso wie bei der Beschlagnahme des Arbeitslohns, auch einer Beschränkung der freiwilligen Disposition. Das entbehrliche Mobiliar bildet in Zeiten der Noth die wesentlichste Unterlage des Credits. Ist dasselbe der Vollstreckung entzogen, so ist der Schuldner genöthigt, sich desselben freiwillig zu entäußern. Die Folgen sind also insofern dieselben, wie bei der Pfändung, während, wenn der Schuldner mit Rücksicht auf das Vorhandensein pfändbaren Vermögens Credit erhalten hätte, er oftmals in der Lage sein würde, nach und nach seine Schulden abzuzahlen und sich so sein Mobiliar zu erhalten. Außerdem heißt es doch auch die Sache von hinten anfassen, wenn man erst die Pfändung verbietet, ehe man den Schuldner in die Lage gebracht hat, sich der Wohlthat des Gesetzes zu erfreuen. Der gewöhnliche Arbeiter (Tagelöhner, Fabrikarbeiter, landwirthschaftliche Arbeiter) besitzt zum größeren Theile nicht mehr als den unentbehrlichen Hausrath. Ehe ihm also eine Ausdehnung der Executionsbeschränkungen zu Gute kommt, muß seine ganze Lage verbessert und ihm zunächst die Möglichkeit gewährt werden, sich überhaupt einen besseren Hausrath zu beschaffen. Diejenigen Schuldner aber, welche ihren Hausstand auf einem besseren Fuße eingerichtet haben, werden entweder in Folge ihrer Zubehörung zu den besser situirten Classen bei Verwandten und Classengenossen Hülfe zur Neueinrichtung finden, oder solche Arbeiter sein, die einen über das Unentbehrliche hinausgehenden Lohn beziehen und nach der Auspfändung eben durch diesen höheren Lohn allmählich wieder zur Beschaffung besseren Hausraths kommen können. Jedenfalls scheint mir bei dieser Lage der Sache zur Zeit das Interesse des Staates an einem Schutze des Schuldners über das Unentbehrliche hinaus kein solches zu sein, daß dagegen das gegenüberstehende Recht des Gläubigers zurückgesetzt werden müßte. Es bedarf zunächst auf anderem Wege einer Hebung des Lebensstandes der großen Masse der Arbeiter, ehe eine weitere Ausgestaltung der Zwangsvollstreckungsbeschränkungen social bedeutsam und nothwendig wird.

Digitized by Google

Einer Ausdehnung der Executionsexemtionen wird auch noch damit das Wort geredet, daß der Vortheil des Gläubigers in gar keinem Verhältniß stehe zu dem Nachtheil des Schuldners, indem die Pfandstücke zu Schleuderpreisen versteigert würden. Zunächst ist diese Behauptung in solcher Allgemeinheit unrichtig. Gewiß wird in manchen Fällen der Zuschlag erheblich unter dem Werthe des Pfandstücks erfolgen müssen. Auch Ringbildungen von Händlern werden in großen Städten manchmal schlechte Resultate des Verkaufs herbeiführen. Im Großen und Ganzen aber — und darin stimmen alle Gerichtsvollzieher, die ich befragt habe, überein — werden gerade für das Mobiliar kleiner Leute durchaus angemessene Preise erzielt, vielfach sogar höhere, als der Trödler beim freiwilligen Verkauf zahlt. Aber auch abgesehen hiervon, kann ich den Grundsatz überhaupt nicht als richtig anerkennen. Dem Schuldner muß seine Existenzfähigkeit erhalten bleiben. Es wäre auch verfehlt, eine Execution da zu gestatten, wo dieselbe einen Ueberschuß über die Kosten für den Gläubiger nicht ergeben würde. Im Uebrigen aber darf dem Gläubiger seine Befriedigung nicht versagt werden, auch wo der Vermögensnachtheil des Schuldners größer ist, als der Vortheil des Gläubigers. Man hüte sich davor, in letzterem lediglich den hartherzigen Wucherer zu erblicken, dem vom sittlichen Standpunkte aus kein Unrecht geschieht, wenn man den Schuldner in recht weitem Umfange vor seinem Zugriff schützt. Die Gläubiger des kleinen Mannes werden regelmäßig selbst nur in kleineren Verhältnissen leben. Der kleine Krämer, Bäcker, Handwerker sind vorzugsweise diejenigen, bei denen er seinen Credit suchen muß und findet. Für diese Leute aber ist der Verlust ihrer Forderung nicht minder hart, wie für den Schuldner die Zwangsvollstreckung.

In der erwähnten Brochüre „Die Ausbeutung der Arbeiter und die Ursachen ihrer Verarmung“ ist der Vorschlag gemacht:

> „Es ist durch Gesetz zu regeln, daß nicht, wie bisher, der Gerichtsvollzieher zu bestimmen hat, was dem Arbeiter als nothwendig zu belassen ist, sondern daß ein für alle Mal eine gewisse Norm angenommen wird, die in klaren, unzweideutigen Worten bestimmt, was sich bedingungslos der Execution entzieht, was dem Arbeiter an Besitzthum verbleiben muß.“

Ich halte diesen Vorschlag nicht für empfehlenswerth. Zwar würde die Thätigkeit der Gerichtsvollzieher und Gerichte dadurch vereinfacht. Bei der überaus großen Verschiedenheit der örtlichen und persönlichen Verhältnisse müßte aber eine solche Fixirung zur Härte und Unbilligkeit

Digitized by Google

bald gegen den Schuldner, bald gegen den Gläubiger führen. Daß sich in der Praxis die bisherige relative Beschränkung bewährt hat, ergiebt sich aus dem geringen Procentsatz der Beschwerden.

Auch in Bezug auf den Umfang der Beschränkungen entspricht der § 715 C.P.O. meines Erachtens dem praktischen Bedürfniß, indem er im Wesentlichen auf der Grundlage der oben unter Nr. II aufgestellten Grundsätze die Interessen des Gläubigers und Schuldners ausgeglichen hat. Durch die Belassung des nöthigen Hausraths und der Nahrungs- und Feuerungsmittel ist dem Schuldner, zumal wenn ihm außerdem noch ein mäßiger Betrag an baarem Gelde belassen wird, ein Heim und außerdem die Fortexistenz so lange ermöglicht, bis er unter gewöhnlichen Verhältnissen sich einen Erwerb beschaffen kann. Die Freilassung der selbstgezogenen Gartenfrüchte und eines selbstgemästeten Schweines von der Pfändung, wie sie der Verfasser der schon mehrerwähnten Brochüre über „Die Ausbeutung der Arbeiter" verlangt, würde eine principlose Ausnahme zu Gunsten einiger Weniger sein. Die Arbeiter in den Städten werden sich regelmäßig im Besitz der gedachten Dinge nicht befinden, und selbst auf dem Lande ist die Mästung eines Schweines keine allgemein verbreitete. In Schlesien z. B. pflegt der ländliche Arbeiter sich ein Schwein nicht zu halten. Will man aber dem einen Arbeiter sein Schwein und seine Gartenfrüchte belassen, so können mit Fug und Recht andere Schuldner die Unpfändbarkeit von anderen Gegenständen verlangen, an denen ihr Herz hängt, und man gelangt schließlich zu einem principlosen Katalog exemter Sachen.

Wenn ferner der § 715 den Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern die zur Ausübung ihres Berufs unentbehrlichen Gegenstände und den Personen, welche Landwirthschaft betreiben — soweit nicht das Grundstück selbst zum Gegenstande der Vollstreckung gemacht und hierdurch die Vollstreckungsbeschränkung gegenstandslos wird — das zur Fortsetzung der Wirthschaft unentbehrliche Material beläßt, so ist auch nach dieser Richtung hin den berechtigten Interessen der Schuldner und der Allgemeinheit genügend Rechnung getragen. Dem vom Verein für Armenpflege und Wohlthätigkeit ausgehenden Vorschlage, die Nr. 4 des § 715 C.P.O. dahin zu erweitern, daß den dort bezeichneten Personen die zur Ausübung des Berufs benutzten Gegenstände „im Gesammtbetrage von nicht über 200 Mk." zu belassen seien, kann ich mich nicht anschließen. Sind Sachen in Höhe dieses Werthes zur Fortsetzung des Berufs nicht nothwendig, so ist nicht abzusehen, weshalb dieselben eximirt sein sollen. Kann aber der Beruf nur unter Belassung von Sachen in höherem Werthe ausgeübt werden, so würde im Verhältniß

Digitized by Google

zum gegenwärtigen Recht eine Beschränkung eintreten, zu welcher eine genügende Veranlassung nicht vorliegt.

Am wenigsten einverstanden erklären kann ich mich mit dem Vorschlage desselben Vereins, dem Schuldner außer den unter § 715 Nr. 4, 6, 10 fallenden Büchern noch weitere Bücher bis zum Werthe von 50 Mk. zu belassen. Was der Schuldner an Büchern bedarf, ist dort in ausreichendem Maße berücksichtigt. Eine hierüber hinausgehende Bibliothek ist meines Erachtens dasjenige, worauf ein ausgepfändeter Schuldner am allererſten verzichten kann.

Ziehe ich das Resultat der vorstehenden Ausführungen, so kann ich eine Vermehrung der bestehenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung nur nach der Richtung hin empfehlen, daß jedem Schuldner außer den sonstigen in § 715 C.P.O. bezeichneten Sachen ein kleiner Betrag an baarem Gelde belassen wird. Im Uebrigen halte ich die derzeitigen Pfändungsbeschränkungen für ausreichend und als angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Schuldners, des Gläubigers und der Allgemeinheit. Die Ausdehnung der Executionsexemtionen ist kein geeignetes Mittel zur Besserung der socialen Lage der Arbeiter, mindestens nicht ohne gleichzeitige Einschränkung der privaten Dispositionsfreiheit. Die Lösung der socialen Frage ist auf anderem Wege zu suchen. Zu einer Uebernahme der mehrfach empfohlenen, allerdings weiter gehenden Pfändungsbeschränkungen des amerikanischen Rechts liegt kein Bedürfniß, und bei der wesentlichen Verschiedenheit der rechtlichen und socialen Verhältnisse Amerikas auch sonst kein Grund vor.

Digitized by Google

VII.

Gutachten des Herrn Amtsgerichtsrath Jastrow zu Berlin

über die Frage:

Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegen zu wirken?

I.

Die oben bezeichnete Frage hat bereits den 21. deutschen Juristentag beschäftigt. Es waren über dieselbe Gutachten seitens des Herrn Justizrath Wilke (Berlin) und des Herrn Professor Dr. Heck (Greifswald) erstattet, das erstere mit sieben Thesen, das letztere mit einem vollständigen Gesetzentwurf über die Abzahlungsgeschäfte schließend.[1]) Wegen der zahlreichen bei der Verhandlung gestellten Anträge hat der Juristentag beschlossen, von einer sachlichen Abstimmung zur Zeit abzusehen und die Angelegenheit auf die Tagesordnung des nächsten Juristentages zu setzen.[2]) Die ständige Deputation des Juristentages hat darauf ein weiteres Gutachten über die Frage erfordert.

Bei Erledigung dieses Auftrages sehe ich mich zu der Einschränkung meines Gutachtens auf die Verhältnisse des Deutschen Reiches genöthigt. In Oesterreich hat der Abzahlungshandel wesentlich andere Formen angenommen als im Deutschen Reiche; es beruht dies wohl auf wesentlicher Verschiedenheit der Gesetzgebung und der geschäftlichen Gepflogen-

---

[1]) Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages 1890/91 Bd. II S. 117 bis 195.

[2]) Verhandlungen a. a. O. Bd. III S. 42—87.

Digitized by Google

heiten. Auch mögen in einzelnen der österreichischen Kronländer vielleicht wirthschaftliche Verschiedenheiten obwalten. Trotz vielfacher Gemeinsamkeit wird deshalb doch nicht unbedingt für das eine Reich dasselbe, wie für das andere gelten können.[3]) Bei dem eminent praktischen Inhalt der Frage muß ich mich auf dasjenige Gebiet beschränken, betreffs dessen ich den bestehenden Zustand und die Folgen vorgeschlagener Aenderungen überblicken zu können glaube.

II.

Die auf dem 21. Juristentage gestellten Anträge lassen sich, je nach dem Gebiete, auf welchem sie die Abhülfe suchen, eintheilen in civilrechtliche, strafrechtliche und gewerbepolizeiliche Anträge. Der weitaus größte Theil gehört der ersteren Gruppe an. Von ihnen intendirt ein Antrag (Justizrath Herr-Leipzig) eine Einschränkung der Abzahlungsgeschäfte nach dem Gegenstande des Handels; er geht dahin:[4])

> den Abzahlungsgeschäften über Werthpapiere, Luxusgegenstände, Loose und andere Gewinnsthoffnungen den Rechtsschutz zu versagen.

Alle anderen Anträge wollen den Schutz in einer Einschränkung des zu gestattenden Inhalts der Verträge erblicken.

Ein Antrag Heck (Greifswald) und Brunner (Berlin)[5]) sowie der erwähnte Antrag Herr wollen,

> daß die Verwirkungsabrede für rechtsunwirksam erklärt werde,

während Rechtsanwalt Scherer (Leipzig) beantragt:[6])

> den Richter für befugt zu erklären, die Ausübung der Verwirkungsclausel nach Lage der Sache für unsittlich zu erklären.

Der Antrag Herr will ferner auch den Eigenthumsvorbehalt für unwirksam erklärt wissen, soweit nicht die Gesetzgebung eine zeichenmäßige Erkennbarmachung desselben zulassen sollte.

Eine anderweite Regelung des Eigenthumsvorbehalts und zugleich

---

[3]) In Oesterreich hat die Regierung sowohl im Jahre 1890 als im Jahre 1891 einen Gesetzentwurf über die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung vorgelegt. Der erstere ist mitgetheilt bei Hausmann, Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung (Berlin 1891) S. 163 ff., der letztere, welcher nur wenige Veränderungen enthält, im Archiv für sociale Gesetzgebung und Statistik Bd. 4 S. 390 ff.

[4]) a. a. O. S. 79.

[5]) a. a. O. S. 62, 63, 86.

[6]) a. a O. S. 80.

Digitized by Google

der Verwirkungsclausel nehmen die Anträge des Referenten Justizrath Makower (Berlin) einerseits und des Justizraths Wilke (Berlin) andererseits in Aussicht.

Ersterer beantragt, zu beschließen:[7])

> Macht bei einem Abzahlungsgeschäfte der Veräußerer von dem Rechte Gebrauch, die bedingt veräußerte Sache wegen unpünktlicher Zahlung einer Rate seitens des Käufers zurückzufordern, so hat er außerdem nur Anspruch auf eine angemessene Vergütung für den Gebrauch und die außergewöhnliche Abnutzung der Sache bis zum Rückempfang.
>
> Diese Vergütung hat im Streitfalle der Richter nach freiem Ermessen festzusetzen und zu bestimmen, wieviel bei Rücklieferung der Sache der Veräußerer zurückzuzahlen oder der Käufer noch nachzuzahlen hat.
>
> Sind mehrere Sachen gleichzeitig oder nacheinander für einen Gesammtpreis bedingt veräußert, so hat der Richter außerdem zu bestimmen, welche einzelnen Gegenstände als durch die Raten voll bezahlt zu erachten sind und dem Käufer zu Eigenthum verbleiben sollen.
>
> Entgegenstehende Abreden sind ungültig.

Justizrath Wilke schlägt dagegen vor:[8])

> Macht beim Abzahlungsgeschäft der Veräußerer von dem Recht der Rückforderung der Sache Gebrauch, so hat er nur Anspruch auf die vom anderen Theile darauf versprochene Geldleistung nach Abrechnung aller erhaltenen Raten und nach Abrechnung des Erlöses der öffentlich zu verkaufenden Sache.

Der mehrerwähnte Antrag Herr will:

> daß die Conventionalstrafe dem richterlichen Ermäßigungsrecht unterstellt wird,

während der zweite Referent Landrichter Dove (Frankfurt a. M.) sich auf die allgemeinere These beschränkt:[9])

> Die Mißstände, welche bei den Abzahlungsgeschäften hervorgetreten sind, sind, soweit das Civilrecht dabei in Betracht kommt, gelegentlich der Regelung desselben im Civilgesetzbuch an die Gestaltung des Mobiliarpfandrechts und des Rechts der Conventionalstrafe anzuschließen.

---

[7]) a. a. O. S. 59.
[8]) a. a. O. S. 79.
[9]) a. a. O. S. 75.

Digitized by Google

Endlich will der Antrag Herr noch weiter:

daß die Gerichte ermächtigt werden, den rechtsgeschäftlichen Inhalt der Abzahlungsgeschäfte unabhängig von der gewollten Vertragsform nach dem wahren Parteiwillen festzustellen.

So weit die civilrechtlichen Anträge.

Auf dem Gebiete des Strafrechts beantragt der Referent Landrichter Dove,[10]) daß

bis zur Regelung des bürgerlichen Gesetzbuchs die Gefahr der Ausbeutung der Creditnoth durch Gleichstellung der Stundung des Kaufpreises beim Abzahlungsgeschäfte mit der einer Geldsumme beim Darlehnsgeschäft im Sinne des Wuchergesetzes zu bekämpfen ist.

Der Antrag hat zugleich eine civilistische Seite, insofern das wucherliche Geschäft auch civilrechtlich ungültig ist.

Die dritte Gruppe endlich, die gewerbepolizeilichen Anträge, gehen nach folgender Richtung:

Der Antrag Wilke will, daß

die Abzahlungsgeschäfte auf Gegenstände des gewerblichen oder wirthschaftlichen Bedarfs zu beschränken sind.[11])

Der Antrag Heck mit dem — gesperrt hervorgehobenen, vom Antragsteller gebilligten — Amendement des Rechtsanwalts Strauß (M.-Gladbach) geht dahin:

durch ein besonderes Gesetz die für selbständige Creditgeschäfte, insbesondere für die gewerbsmäßigen Pfandleihen bestehenden oder sonst geeignete Beschränkungen in sachgemäßer Auswahl und Ausgestaltung auf die Abzahlungsgeschäfte zu übertragen.[12])

Der mehrerwähnte Antrag Dove endlich empfiehlt die These:

Einzelnen Mißständen kann auf dem Gebiete der Gewerbegesetzgebung entgegengetreten werden.

Die Concessionspflicht ist zu verwerfen.

---

[10]) a. a. O. S. 75.

[11]) a. a. O. S. 79. Der Antrag ist wohl zu unterscheiden von dem Antrag Herr, welcher die Abzahlungsgeschäfte über gewisse Sachen für ungültig erklärt wissen will (s. o. S. 266). Letzterer Antrag hat lediglich die civilistische Klagbarkeit der Geschäfte im Auge, ohne die letzteren polizeilich verbieten zu wollen. Der Antrag Wilke will im Gegentheil gerade das polizeiliche Verbot, ohne sich über die civilrechtlichen Folgen eines wider das Verbot abgeschlossenen Geschäftes auszusprechen.

[12]) a. a. O. S. 62. 70, 71.

Digitized by Google

III.

Wie bereits im Referat des Herrn Landrichters Dove hervorgehoben ist, fehlt es bedauerlicher Weise im Deutschen Reiche an irgend welchen officiellen Erhebungen über die Abzahlungsgeschäfte, und gerade solche wären überaus wünschenswerth, um ein sicheres Urtheil sowohl über die Arten als namentlich über die Häufigkeit der gerügten Mißbräuche zu gewinnen. Die Ergebnisse der diesbezüglichen österreichischen Enquete[13]) sind für die Verhältnisse im Deutschen Reiche nicht entscheidend; übrigens fehlt es auch dieser Enquete fast durchweg an Zahlenmaterial, wie es auf Grund einer genauen Proceßstatistik wohl zu beschaffen wäre. Ich habe mir nun erlaubt, einen freilich sehr bescheidenen bezüglichen Beitrag diesem Gutachten als Anlage beizufügen. Seit Jahren stehe ich einer Proceßabtheilung des Amtsgerichts I zu Berlin vor, welcher ein quotenmäßiger Antheil an allen vor das Amtsgericht gehörigen Klagen aus Abzahlungsgeschäften zukommt. Die vorliegende Zusammenstellung enthält sämmtliche diesbezüglichen Processe aus den Monaten October 1890 und März 1891.[14]) Es wird im Laufe des Gutachtens diese Zusammenstellung anzuziehen Veranlassung sein; deshalb seien zu ihrer Erläuterung folgende Bemerkungen gestattet:

Spalte 2 soll der Ermittelung dienen, wie häufig vom Gerichtsstand des Vertrages Gebrauch gemacht worden ist. Spalte 6—8 sollen hauptsächlich Auskunft darüber geben, mit welchem Grade von Strenge der Abzahlungshändler beim Ausbleiben der Ratenzahlung zum Processe geschritten ist. Bei Nr. 1 der Anlage z. B. geben die Zahlen an, daß der Käufer 45 Wochenraten gezahlt hat und daß der Händler erst nach 78 Wochen zur Klage geschritten ist. Spalte 9 giebt an, welche Summe der Käufer zur Zeit der Klageerhebung im Ganzen (Anzahlung und

---

[13]) s. dieselben bei Hausmann S. 165 ff.

[14]) Es sind indessen nur solche Klagen aufgenommen, bei welchen das Abzahlungsgeschäft in Form des Miethsvertrages oder eines Kaufvertrages mit vorbehaltenem Eigenthum abgeschlossen worden ist. Abzahlungsverträge, bei welchen nur bedungen ist, daß bei nicht pünktlicher Ratenzahlung der ganze Rest fällig sein solle, sind nicht gezählt. Solcher Klagen gab es im October 1890: 10 und im März 1891: 5. Bei diesen 15 Klagen bildeten den Gegenstand des Vertrages in 12 Fällen Bücher (meist Conversationslexica) und in den übrigen 3 Fällen Kleidungsstücke. Uebrigens giebt es einzelne Händler, welche sowohl die Fälligkeit des Restes als den Vorbehalt des Eigenthums bedingen, und welche, wenn sie nur auf das Kaufgeld klagen, dem letzteren Momente in der Klage keinen Ausdruck geben, so daß dasselbe nicht zur Kenntniß des Gerichts kommt.

Ein besonderer Grund für die Wahl der Monate October und März hat nicht vorgelegen. Die Monate sind willkürlich gegriffen.

Digitized by Google

Ratenzahlungen zusammen) geleistet hatte und rubricirt die Summen in vier Unterabtheilungen, je nachdem die Zahlungen bis zu $^1/_4$ des Preises, zwischen $^1/_4$ und $^1/_2$, zwischen $^1/_2$ und $^3/_4$ oder über $^3/_4$ des Preises betragen haben. Spalte 10 macht ersichtlich, in welcher Art der Händler den Eigenthumsvorbehalt und die Verwirkungsclausel geltend gemacht hat, ob er unbedingt auf Herausgabe der Sachen geklagt oder dem Schuldner die Wahl zwischen letzterem und der Zahlung der Rückstände (oder der Zahlung des ganzen Kaufpreises) gelassen, oder endlich, ob er gar keinen Gebrauch von den Clauseln gemacht hat. Spalte 11 bringt die Art der Erledigung der Sache zum Ausdruck. Spalte 12 endlich giebt die dem Gläubiger erwachsenen Kosten an. Eine Darstellung, in welchen Fällen es thatsächlich zu einer Fortnahme der Sache gekommen ist, läßt sich leider aus den Proceßacten nicht geben. Hierzu bedürfte es einer Statistik auf Grund der Acten der Gerichtsvollzieher.[15])

Daß die erwähnte Zusammenstellung in Bezug auf Zahlenmaterial nicht den Anspruch machen kann, als „Statistik" zu gelten, versteht sich von selbst. Die Zahl der Fälle (62) ist dazu viel zu gering, und die beiden Monate, auf welche sich die Zählung erstreckte, weichen zudem in ihren Zahlenergebnissen von einander ab.[16]) Aber von einem gewissen Werthe nach der Richtung hin, daß man sieht, wie die Fälle vielfach in der Praxis sich gestalten, dürfte die Zusammenstellung doch sein. In Ermangelung eines besseren Materials habe ich deshalb geglaubt, mich keiner Ueberschätzung des Werthes dieser Zusammenstellung schuldig zu machen, wenn ich dieselbe hier beigebe.

IV.

Im Vordergrund der Beschwerden über die Abzahlungsgeschäfte steht innerhalb des Deutschen Reiches die sogenannte Verwirkungs- oder

---

[15]) Es wird gesagt, daß die Händler auch zuweilen außergerichtlich, namentlich auf Grund der vertragsmäßigen Selbsthülfsclausel, die Rückgabe erzwingen, indem die Käufer sich dergleichen gefallen lassen, doch habe ich Zuverlässiges hierüber nicht erfahren können. Häufig dürften die Fälle indessen wohl nicht sein.

[16]) Was die Gesammtzahl der Processe aus Abzahlungsgeschäften betrifft, so möchte ich annehmen, daß der Monat October 1890 durch Zufall unter den Durchschnitt gerathen ist, daß dagegen die Ergebnisse des März 1891 etwa dem Durchschnitt entsprechen. Ich schätze die Zahl der bei der einzelnen Abtheilung des Amtsgerichts anhängig gemachten Abzahlungsprocesse auf 4—500 im Jahre. Da (nach den Geschäftsplänen von 1890 und 1891) 35 bezügliche Abtheilungen in Betracht kommen, so würde die Gesammtzahl der in Berlin über Objecte bis zu 300 Mk. einschließlich geltend gemachte Processe der Abzahlungsgeschäfte auf 14—17 000 anzunehmen sein. Die Gesammtzahl der amtsgerichtlichen Processe (ausschließlich der Wechselsachen) beträgt etwa 118 000, so daß die Processe aus Abzahlungsgeschäften auf $^1/_8$—$^1/_7$ aller gewöhnlichen Processe anzunehmen sein dürften.

Digitized by Google

Verfallclausel. Wie bereits von vielen Seiten hervorgehoben, sind die beiden typischen Formen des Abzahlungshandels hier der Kauf unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Bezahlung aller Raten und der Miethsvertrag, welcher sich erst nach Abzahlung des ganzen Preises unter Anrechnung der Miethsraten in einen Kaufvertrag verwandeln soll. In beiden Fällen wird verabredet, daß im Falle des Ausbleibens einer Rate nicht nur der Kaufgegenstand zurückgenommen werden kann, sondern auch alles bereits Gezahlte dem Händler verfallen ist, im ersteren Fall als Conventionalstrafe, im zweiten Fall als reine Miethe.

Wie stark das Verlangen ist, gegen den Mißbrauch dieser Clausel Abhülfe zu schaffen, kann man daraus ersehen, daß sämmtliche Antragsteller des Juristentages ihre Anträge mit auf diesen Punkt richten. In der That möchte auch die Nothwendigkeit, Wandel zu schaffen, nicht zu bestreiten sein. Zwar herrscht anscheinend über die Mißstände dieser Clausel zum Theil eine übertriebene Vorstellung. Man denkt sich den Abzahlungshändler häufig als Jemand, der nur darauf lauert, daß der Schuldner mit einer Rate in Verzug geräth, um dann den doppelten Gewinn, Sache und Zahlung, einzuheimsen. Dergleichen Praxis existirt indessen wohl nur sehr selten. Die anliegende Zusammenstellung weist unter 62 Fällen nur zwei auf, in welchen sofort geklagt worden ist: es sind dies Nr. 37 und 58. Von diesen hat bei Nr. 37 der Verkäufer nur wahlweise auf Herausgabe der Uhr oder Zahlung der fälligen 5 Mk. geklagt und hat überdies seine Klage demnächst zurückgenommen. Bei Nr. 58 betrug die Restforderung des Gläubigers 1,80 Mk., und er hat lediglich auf Zahlung der Geldsumme geklagt. In den übrigen Fällen sind erhebliche Fristen gewährt worden; die geringsten bei Nr. 3 und 27 von neun bezw. acht Wochen.[17]) Die Fristen gehen aber in den meisten Fällen viel weiter und erstrecken sich in 16 Fällen (Nr. 4, 6, 8, 13, 19, 22, 24, 29, 43, 44, 45, 46, 50, 53, sowie zum Theil Nr. 9 und 14) auf mehr als ein Jahr. Auch Fälle, in denen nicht einmal eine Rate vom Käufer bezahlt worden ist (Nr. 16, 39, 45, 60), sind von solchem Aufschub nicht ausgenommen. Ferner ist auf unbedingte Herausgabe der Sache nur in zwei Fällen geklagt worden: es sind dies Nr. 31 und 60. Von diesen betrifft Nr. 60 eine Nähmaschine, auf welche der Käufer 30 Mk. angezahlt, aber nicht eine einzige Rate gezahlt, und die ihm der Verkäufer gleichwohl acht Monate belassen hat. In der Mehrzahl der Fälle (33) ist dem Schuldner die Alternative zwischen Zahlung der rück-

[17]) Die Frist berechnet sich durch Subtrahirung der Spalte 7 von Spalte 8, z. B. Nr. 3: vier Wochenraten waren gezahlt, nach 13 Wochen ist geklagt, also neun Wochen Aufschub gewährt.

Digitized by Google

ständigen Raten und Herausgabe der Sache und in 13 Fällen die Wahl zwischen der Herausgabe und der Zahlung des ganzen Kaufpreises gelassen worden. Dabei ist zu bemerken, daß allerdings auch bei der ersteren Gruppe in Folge des langen Zuwartens der Gläubiger in vielen Fällen bereits sämmtliche Raten fällig geworden waren, so daß die Alternative für den Beklagten thatsächlich nur in der Zahlung des ganzen Restes bestand. Wenn endlich die Zusammenstellung noch 13 Fälle erwähnt, in denen nur auf Geldzahlung geklagt ist, so sieht hier allerdings das Resultat günstiger für die Abzahlungshändler aus, als es in der That ist. Nur vier Fälle (Nr. 4, 15, 49, 59) kommen hier nämlich reell in Betracht; Nr. 46 betrifft einen Inlettenbezug, der natürlich verwendet ist und bei dem der Eigenthumsvorbehalt widersinnig war; alle anderen Fälle aber (Nr. 1, 51—56, 58) betreffen „Bilder und Romane". Diese Sachen sind notorisch nahezu werthlos und ihre Rückerlangung nach auch nur der geringsten Benutzung für den Händler von gar keiner Bedeutung, weshalb das betreffende Geschäft (es ist stets dasselbe) nie anders als auf Geldzahlung klagt.

Endlich ergiebt die Zusammenstellung die große Geneigtheit der Händler zum Eingehen von Vergleichen mit Fortzahlung der Raten. In Spalte 11 stellen die Untercolonnen b—d diejenigen Fälle dar, in denen der Beklagte überhaupt erschienen ist. In diesen sind von 14 Sachen 10 durch Vergleich erledigt worden, 2 durch Anerkenntniß (was allerdings wohl bedeutet, daß es zu keinem Vergleich hat kommen können) und 2 durch contradictorisches Endurtheil. Keine Gruppe von Processen bildet in meiner Praxis ein so dankbares Object für Vergleichsversuche, wie die Klagen der Abzahlungsgeschäfte; ich habe sogar die Ueberzeugung, daß die Zahl von zwei contradictorischen Endurtheilen in zwei Monaten in Folge Zufalls eine größere ist, als der Jahresdurchschnitt ergeben würde.

Trotz dieses den Abzahlungshändlern in der gedachten Beziehung auszustellenden günstigen Leumundes kann die Existenz eines abhülfebedürftigen Zustandes dennoch nicht geleugnet werden. Einmal kommen doch auch Fälle vor, in denen mit voller Absicht dem Käufer die schon größtentheils bezahlte Sache fortgenommen wird, und andererseits weist selbst die mehrerwähnte Zusammenstellung unter 62 Fällen immerhin 20 Fälle auf, in denen schon mehr als die Hälfte des Preises abgezahlt war und darunter 9 Fälle, in denen die Zahlung sogar mehr als $^3/_4$ des Preises betragen hat. Wenn der Verkäufer auch Dilation gewährt, und wenn er schließlich selbst nur alternativ auf Zahlung oder Herausgabe der Sache klagt, was nützt alles dies demjenigen Käufer, welcher

Digitized by Google

überhaupt zu zahlen nicht im Stande ist, und der deshalb die Sache und seine Zahlungen, oft die mühsame Absparung von Jahren, fahren lassen muß? Selbst wenn die Zahl der Fälle, in denen der Händler auf diesem Wege eine materiell ungerechtfertigte Bereicherung erlangt, nicht sehr groß sein sollte, muß man der Frage nach Abhülfe näher treten. Denn die Ausübung der Verwirkungsclausel in rücksichtsloser Art ist jedenfalls geeignet, die Erbitterung der niederen Volksclassen, um deren Wohl es sich hier wesentlich handelt, hervorzurufen, und den Glauben (zu dem sie ohnehin sehr geneigt sind) in ihnen zu nähren, daß die Rechtsordnung nur zur Bedrückung der Armen durch die Reichen gemacht sei.

In den bisherigen Vorschlägen wird die Abhülfe überwiegend auf dem Gebiete einer Ausnahmegesetzgebung gegen den Abzahlungshandel gesucht. Innerhalb des Juristentages standen sich wesentlich gegenüber der Wilke'sche und der Makower'sche Vorschlag. Als Vorläufer des ersteren Antrages darf man den Vorschlag der Handelskammer zu Plauen ansehen, welcher dahin geht:

> daß, wenn der Verkäufer auf Grund der Vertragsclausel die Sache zurücknimmt, er den Mehrwerth der Sache über den Betrag der noch ausstehenden Abschlagszahlungen herauszahlen soll. [18])

Der Wilke'sche Vorschlag will das gleiche Ziel erreichen, nur verlangt er statt einer bloß schätzungsweisen Werthermittelung den öffentlichen Verkauf der Sache und die Einstellung des wirklichen Erlöses, freilich mit der Consequenz, daß im Falle eines Mindererlöses der Schuldner für den Ausfall haften soll.

Auf anderer Basis bewegt sich der Makower'sche Antrag, welcher sich an die in der Literatur von Hausmann und von Cohen gemachten Vorschläge [19]) anschließt. Danach soll im Falle der Rücknahme der Sache dem Verkäufer nur ein — durch den Richter festzusetzender — Anspruch auf Vergütung für Gebrauch und etwaige außergewöhnliche Abnutzung zustehen; was er an Zahlungen bereits mehr erhalten hat, soll er zurückgeben, was daran fehlt, soll ihm eventuell der Käufer nachzahlen müssen.

Beide Vorschläge gehen von völlig rationellen, wenngleich verschiedenen Gesichtspunkten aus. Der Wilke'sche Vorschlag sieht, falls der Käufer durch Nichtzahlung der Raten zur Vertragsauflösung Anlaß giebt, den Verkäufer als geschädigt an, und will ihm den Schaden zusprechen, den er hierdurch gegenüber seinem Rechte auf volle Vertragserfüllung

---

[18]) Hausmann S. 151.

[19]) Hausmann S. 78. Cohen, Die volkswirthschaftliche Bedeutung des Abzahlungsgeschäftes (Leipzig 1891) S. 139.

Digitized by Google

erleidet. Er hat z. B. eine Sache für 100 Mk., zahlbar in zehn Monatsraten à 10 Mk., verkauft, und nach Zahlung von 80 Mk. hält der Käufer mit den Raten inne. Dann stellt sich die Sache, wie folgt: Der Verkäufer hat einen vertragsmäßigen Anspruch auf im Ganzen 100 Mk. Nimmt er nun die Sache zurück, welche in ihrem jetzigen Zustande 60 Mk. werth ist, so würde er im Ganzen 80 + 60 = 140 Mk. erhalten, also 40 Mk. zu viel. Diese Summe, d. h. den Ueberschuß des Werthes der Sache (von 60 Mk.) über die noch ungetilgte Rate (von 20 Mk.) soll er herauszahlen. Zu exacter Berechnung des Schadens wäre indessen, falls die ausstehenden Raten noch nicht alle fällig sind, eine — leicht zu findende — Ausgleichung wegen der Zwischenzinsen erforderlich. Dieser Vorschlag deckt sich zugleich im Wesentlichen mit den Anträgen Heck-Brunner und Herr über Ungültigkeitserklärung der Verfallclausel (s. o. S. 266). Denn wenn diese Clausel in Fortfall kommt, wird die gesetzliche Verpflichtung des Käufers zur Schadloshaltung des Verkäufers wegen des Zahlungsverzuges zu gleichem Ergebniß führen.

Der Makower'sche Vorschlag dagegen geht von einer Verallgemeinerung des in der Form des Möbelleihvertrages liegenden Gedankens aus. Danach ist das Abzahlungsgeschäft in seinem Wesen bedingt: es wird Kauf, wenn der Preis voll gezahlt wird, dagegen bloße Gebrauchsüberlassung, wenn dies nicht geschieht. Erweist sich nun letzterer Fall als eintretend, so soll nur die Vergütung für Gebrauch und Abnutzung gewährt werden, und zwar nur nach dem wahren Werthe dieser Leistungen, nicht nach der Parteiabrede, weil letztere, insoweit sie die Zahlungen als bloße Miethe bezeichnet, dem wahren Willen der Parteien und der Gerechtigkeit nicht entspricht.

Es seien in Folgendem der Kürze halber die erstere Theorie die Schadenstheorie und die zweite die Abnutzungstheorie genannt.[20])

Soll in der That die Abhülfe auf dem Gebiete der Ausnahmegesetzgebung gesucht werden (eine Vorfrage, auf die weiter unten noch eingegangen werden soll), so wird meines Erachtens der Schadenstheorie der Vorzug zu geben sein. Sehr in Betracht kommt hierbei die praktische Schwierigkeit, der die Abnutzungstheorie begegnen muß, in Verbindung mit dem Umstand, daß in der Gesammtwirkung keine allzu erhebliche Verschiedenheit zwischen beiden Theorieen obwalten wird. Die Streitigkeiten über die Gebrauchsvergütung werden zu sehr viel Weiterungen führen, und wenn man erwägt, daß vom Augenblick der Fällung des Urtheils bis zu dessen Vollstreckung noch weitere Zeit

[20]) Ueber eine besondere Art der Ausgestaltung des Abnutzungsprincips, welche das Heck'sche Gutachten vorschlägt, s. unten S. 301 f.

Digitized by Google

vergeht, bei welcher die Vergütung sich wieder vergrößert, so muß man in der That diese Theorie für eine mater rixarum halten. Was aber die Wirkungen beider Theorieen anlangt, so darf man sich in dieser Hinsicht sanguinischen Hoffnungen überhaupt nicht hingeben. Die Rücknahme des Kaufgegenstandes wird und muß nach der Natur der Sache meist ein überaus ungünstiges Geschäft für den Käufer werden. Denn die Abnutzung und damit zugleich die Herabdrückung des Werthes der Sachen ist bei den meisten dem Abzahlungsgeschäfte unterliegenden Gegenständen und namentlich gerade bei den wichtigsten Artikeln (Möbeln, Nähmaschinen u. dgl.) so außerordentlich groß, daß überhaupt nicht viel für den Käufer übrig bleibt. Es sei hier die Probe auf einige Exempel gestattet.

Ich habe einen der beim Amtsgericht I zu Berlin bestellten gerichtlichen Sachverständigen (derselbe ist Möbelhändler und im Uebrigen ein entschiedener Feind der Abzahlungsgeschäfte) zu Rathe gezogen, um mich über einige einschlägige Fragen zu informiren. Im Berliner Möbelgeschäft existirt nämlich das wirkliche Vermiethen von Möbeln (sowohl tageweise zu Festlichkeiten, als für längere Zeit zur wohnungsmäßigen Benutzung) bereits jetzt. Von den hier üblichen Sätzen muß man ungefähr auf diejenigen schließen können, welche sich bei Annahme des Makower'schen Vorschlages voraussichtlich herausbilden werden. Das bisherige Vermiethungsgeschäft besteht nun wesentlich in besseren Möbeln und der Sachverständige schätzt, daß wenn Jemand eine Zimmereinrichtung im Werthe von 1000 Mk. auf längere Zeit miethet, dafür monatlich 40—50 Mk. an Miethe zu zahlen sein werden, wofür der Vermiether zugleich den Hin- und Rücktransport trägt. Demgemäß schätzt er, wenn ein Mann aus den niederen Volksclassen die Einrichtung von Stube und Küche für 400 Mk. miethsweise übernehmen würde, hierfür 20 Mk. monatlich, wobei selbstverständlich von jeder außergewöhnlichen Abnutzung abgesehen ist. Wesentlich anders steht es indessen im Pianofortegeschäft. Wegen hier obwaltender besonderer Verhältnisse wird für ein Pianino im Werthe von etwa 4—500 Mk. nur etwa 4—5 Mk. an Monatsmiethe gezahlt, wobei indessen die Transportkosten mit je 3—4 Mk. der Miether zu tragen hat.[20a])

Gehen wir nun in der anliegenden Tabelle die auf Möbel bezüglichen Fälle (Nr. 7, 8, 9, 11, 14, 17, 26, 35) durch und setzen also einen Miethszins von 5 pCt. des Werthes pro Monat ein, so sehen wir

[20a]) Hausmann giebt in einer neueren Arbeit (Vierteljahrsschrift für Volkswirthschaft, Jahrg. 28, S. 189) die Miethe für ein (allerdings wohl theures) Pianino auf mindestens 12 Mk. monatlich an.

Digitized by Google

zunächst, daß es Fälle giebt, in denen die monatlichen Abzahlungen diese Höhe gar nicht einmal erreichen, wie Nr. 11 zu a, wo bei einem Werthe von 296 Mk.[21]) statt 15 Mk. nur ca. 13,50 Mk. gezahlt wird, ohne daß überhaupt eine Anzahlung geleistet ist. In den anderen Fällen übersteigen allerdings die verabredeten Ratenzahlungen den vorgedachten Satz und zwar zum Theil sehr bedeutend und überdies tritt meist noch eine mehr oder minder erhebliche Anzahlung hinzu. Gleichwohl hat der Umstand, daß fast überall der Händler lange Fristen gewährt, ehe er einschreitet, und daß deshalb häufig viele Monate ohne Zahlungen hingegangen sind, zur Folge, daß fast nirgends etwas zur Zurückzahlung für den Käufer übrig bleibt. Die Fälle Nr. 7 und 33 sind die einzigen, die ein positives Ergebniß lassen, und auch von diesen Nr. 33 nur formell.

Bei Nr. 7 sind 92 Mk. gezahlt, während die Gebrauchsvergütung für 14 Monate à 5 Mk. 70 Mk. betragen würde; es sind also zurückzuzahlen 22 Mk.

Bei Nr. 33 sind 57 Mk. gezahlt, während die Vergütung zu betragen hätte:

für 12 Monate à 3 1/3 Mk. = 40,00 Mk.
„ 11 „ à 1,30 „ = 14,30 „
zusammen 54,30 Mk.

so daß 2,70 Mk. zurückzuzahlen sein würden. Allein das Ergebniß ist hier ein rein formales. Die anliegende Tabelle ist nämlich so aufgestellt, daß in Spalte 8 angefangene Wochen bezw. Monate nicht gerechnet sind, während dem Händler voraussichtlich der Monat voll zu vergüten sein würde. Es erhellt, daß der geringe Ueberschuß sich hierbei vollständig aufzehrt. Aber auch Nr. 7 steht nicht so günstig, wie es den Anschein hat. Denn die Vergütung muß doch auch noch für die Dauer des Processes bis zum Aufhören der Benutzung gewährt werden (der Käufer könnte zwar die Sache außer Benutzung stellen, aber das thut er ja nicht). Im Falle der Nr. 7 hat es von der Einreichung der Klage bis zur Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigung fast zwei Monate gedauert, so daß sich die Vergütung noch um ca. 10. Mk. kürzen dürfte.

Die übrigen Fälle aber liefern folgendes Ergebniß, wobei gleichfalls sogar nur volle Monate gerechnet sind.

---

[21]) Die bei Nr. 11 noch erwähnten Betten im Werthe von 60 Mk. dürften schwerlich etwas zu Gunsten des Käufers ändern, denn der Miethszins für Betten müßte wohl eher noch höher sein.

Digitized by Google

Nr.	An Gebrauchsvergütung ist zu gewähren	Danach im Ganzen Mk.	Gezahlt sind Mk.	Also weniger Mk.	Bemerkungen
8	19 Monate à 4 Mk.	76	20	56	
9	a) 3¼ Jahr à 60 Mk. = 195 Mk. b) 1¼ „ à 60 „ = 75 Mk.	275	135	140	
11	a) 19 Monate à 15 Mk. = 285 Mk. b) 18 „ à 3¾ Mk. = 67,50 Mk.	352,50	160	192,50	
14	2 Jahre à 9 Mk. monatlich	216	175	41	Dabei sind alle Zahlungen auf die Möbel, nichts auf den Anzug gerechnet.
17	15 Monate à 18 Mk.	270	76	194	
26	10 Monate à 11 Mk.	110	84,50	15,50	Ein Theil der Möbel war sogar 12 Monate in Gebrauch, was nicht berechnet ist.
35	4 Monate à 3⅓ Mk.	13,30	10	3,30	

Nun kann man einwenden: der Satz von 5 pCt. pro Monat kann nur vom Baarpreis, nicht vom Preis der Abzahlungsgeschäfte gelten. Das mag richtig sein. Aber auf der anderen Seite sind zwei schwerwiegende Momente zu erwägen, welche die Schätzung von 5 pCt. als zu niedrig erscheinen lassen: die Abnutzung der Möbel in den Kreisen der „kleinen Leute" ist nämlich sehr viel größer, als die beim Vermiethen eleganter Möbel, und das Risico ist gleichfalls ein erheblich größeres. Diese Umstände müssen den Miethspreis höher treiben, als auf den für elegante Zimmereinrichtungen bestehenden Satz. Endlich aber: beim „kleinen Manne" spielt die außergewöhnliche Abnutzung (das Abschlagen von Kanten, Verzierungen u. dgl.) eine sehr viel größere Rolle; dieser Schaden ist noch gar nicht berechnet. Der Satz von 5 pCt. unter Zugrundelegung des Abzahlungspreises wird danach eher zu niedrig, als zu hoch sein. Schließlich aber mag man auch den Preis reduciren: ist es aber selbst dann Angesichts der vorstehenden Tabelle denkbar, etwas Nennenswerthes zu Gunsten des Käufers zu ermitteln?

Gehen wir von den vorstehenden Ermittelungen aus, so sehen wir — abgesehen von dem Fall Nr. 7 — daß der Käufer jedenfalls bei der Schadenstheorie nicht schlechter fahren kann, als bei der Abnutzungstheorie, da er auch bei letzterer nichts herausbekommt,[22]) während doch an-

[22]) Allerdings vertreten die Anträge den Gedanken, daß, wenn sich als Schaden

Digitized by Google

zunehmen ist, daß er in manchen dieser Fälle beim Schadensprincip zu einem Ueberschuß gelangen dürfte. Bei Pianinos wird es freilich anders stehen. In dem einzigen Falle dieser Art (Nr. 15) würde der Käufer nur für 18 Monate à 5 Mk. 90 Mk. und für Transport nur ca. 7 Mk., also 97 Mk. zu vergüten haben, während er 180 Mk. gezahlt hat; er erhielte also ca. 83 Mk. Um diese Summe ihm beim Schadenersatzprincip zuwenden zu können, müßte das Pianino nach geschehenem Gebrauch auf einen Werth von 263 Mk. angenommen werden, was vielleicht nicht der Fall sein wird. Auch bei anderen Gegenständen, bei denen die Abnutzung sehr gering ist, wie Taschenuhren u. dgl., wird das Abnutzungsprincip den Käufer wohl etwas günstiger stellen, als das Schadensprincip. Allein weshalb soll man eine Gattung von Käufern vor der andern bevorzugen?

Daß freilich auch das Schadensprincip nicht zu übertriebenen Hoffnungen berechtigt, mag Folgendes lehren. Der erwähnte Sachverständige hat eine Schätzung des Werthes der in der anliegenden Tabelle verzeichneten Möbel nicht übernehmen mögen, weil die Möbel in den Acten nicht genügend nach individualistischen Merkmalen gekennzeichnet waren. Dagegen hat er geglaubt, sicher sagen zu können, daß eine Nähmaschine, welche im Abzahlungshandel für 160 Mk. verkauft ist (Nr. 24), wenn sie gewerbsmäßig gebraucht wird (und um eine gewerbsmäßige Benutzung handelt es sich ja durchweg) nach einer Benutzungszeit von auch nur einem Jahre nicht mehr als 20 Mk. werth ist und sicher zu keinem höheren Preise verkäuflich ist.[23]) Nehmen wir an, alle Nähmaschinen,

---

des Verkäufers oder als Entgelt für die Abnutzung ein höherer Betrag ergeben sollte, als der der nach dem Vertrage bereits fälligen Raten, der Käufer für die Differenz haften soll. Allein dieser Gedanke ist abzuweisen. Denn auf mehr, als was ihm im Vertrage zugesagt ist, kann der Verkäufer keinen Anspruch erheben. Freilich bieten beide Anträge die Möglichkeit, daß der Verkäufer sich solche Haftung vertragsmäßig ausbedingt.

[23]) Zur Bestärkung dieser — vielleicht etwas auffallend erscheinenden — Schätzung will ich folgenden Fall erwähnen, der vor einigen Tagen vor mir verhandelt worden ist. Eine Nähmaschine war für 125 Mk. verkauft. Im Verlaufe von 1—2 Jahren waren 75 Mk. gezahlt. Der Verkäufer klagt auf den Rest (welcher vertragsmäßig bereits fällig war) event. auf Herausgabe der Maschine. Die Erwerberin hat sich darauf erboten, die Maschine zurückzugeben und alle ihre Zahlungen fahren zu lassen. Der Verkäufer aber hat dies abgelehnt und sein Geld verlangt, obwohl der Augenschein lehrte, daß die Erwerberin für die volle Summe insolvent war und es sich nur darum handeln konnte, den Betrag im Laufe der Zeit einzeln herauszupressen, weshalb der Verkäufer auch zu einem Vergleich mit Ratenzahlungen von 6 Mk. monatlich bereit war. Er muß doch also den Werth der Maschine sehr gering angeschlagen haben. Es handelte sich dabei um eines der ersten Nähmaschinen-

Digitized by Google

die in der Anlage verzeichnet sind, hätten bei ihrer Zurückforderung den Werth von 20 Mk., so würde sich das Ergebniß wie folgt stellen.

Nummer	Am Kaufpreis sind noch geschuldet Mk.	Mithin erhält der Käufer zurück Mk.
6	13	7
24	58	nichts
30	54	nichts
42	36	nichts
43	15,70	4,30
60	120	nichts
61	115	nichts
62	101	nichts

Dabei ist zu bemerken, daß die Maschinen mit Ausnahme von Nr. 24 nicht zu 160 Mk., sondern zu 100—150 Mk. verkauft waren und daß die Benutzungszeit fast überall erheblich länger als ein Jahr gedauert hat. Daß bei Nr. 50 und 61, wo die Benutzungszeit allerdings nur acht bezw. sechs Monate, zu denen aber noch die Dauer des Processes hinzutritt, betragen hat, die Maschine nicht so viel werth sein kann, als der Kaufgeldrückstand, erhellt ganz von selbst. Ebenso erhellt, daß das Abnutzungsprincip den Käufer hier überall nicht günstiger stellen kann. Denn da die Abnutzung eine so enorm hohe ist, daß eine Nähmaschine in einem Jahre von 160 Mk. (oder sagen wir 110 Mk., denn so hoch etwa schätzt der Sachverständige den Baarpreis) auf 20 Mk. heruntergebracht wird, so muß ein etwaiger Miethspreis sich erheblich höher stellen, als die durchschnittlichen Ratenzahlungen von etwa 5 bis 8 Mk. pro Monat.

Auch beim Schadensprincip ergiebt sich also nach Vorstehendem, daß in den hier gezählten Fällen nur derjenige etwas zurückerhält, der schon mehr als $^3/_4$ des Preises gezahlt hat, und daß selbst hier die Rückzahlung meist eine sehr geringe sein wird.

Nach alledem dürfte man das Ergebniß für die wichtigsten Gegenstände des Abzahlungshandels dahin ziehen können: Beide Principien, das Schadensprincip und das Abnutzungsprincip, werden in besonders krassen Fällen dem Käufer zu einer mäßigen Vergütung verhelfen. Keines

---

geschäfte Berlins, das nicht etwa minderwerthige Maschinen liefert, wie denn auch hierüber gar keine Klage geführt war.

Digitized by Google

beider Principien wird mehr leisten, als dieses. Innerhalb dieser Grenzen wird bald das eine, bald das andere Princip den Käufer etwas mehr oder weniger begünstigen. Was aber den Standpunkt des Verkäufers anlangt, so wird zwar dementsprechend auch hier bald das eine, bald das andere Princip günstiger sein. Indessen giebt es doch Fälle, in denen das Abnutzungsprincip den Verkäufer so erheblich schädigt, daß es wider die Gerechtigkeit wäre, ihm solchen Verlust zuzumuthen. Hierher gehören namentlich die Fälle, in welchen eine Werthverringerung der Sache stattgefunden hat, ohne daß solche auf den Gebrauch zu schieben ist; so z. B. wenn ein Conversationslexikon inzwischen eine neue Auflage erlebt hat, oder wenn für eine verkaufte Maschine eine verbesserte Construction erfunden ist. Hier wäre es offenbar ungerecht, dem Verkäufer neben der entwertheten Sache ein bloßes Abnutzungsgeld zu gewähren. Andererseits aber giebt wiederum das Abnutzungsprincip dem Verkäufer größere Gelegenheit zur Benachtheiligung des Käufers als das Schadensprincip. Im Handel herrscht nämlich im Allgemeinen eine große Abneigung gegen das Herauszahlen einmal erhobenen Kaufgeldes. Der Händler wird also bemüht sein, solcher Herauszahlung thunlichst zu entgehen. Dazu bietet ihm das Abnutzungsprincip viel mehr Gelegenheit. Seine Geschäftsgepflogenheiten gehen, wie mehrfach erwähnt, ohnehin auf reichliche Fristgewährung bei Nichtzahlungen. Berechnet er sich nun, daß bei gegenwärtiger Zurücknahme der Sache 30 Mk. herauszuzahlen wären, während das monatliche Abnutzungsgeld 20 Mk. beträgt, so wird er lieber noch sechs Wochen warten und den Käufer auch noch um diese Summe bringen, ohne daß letzterer einen für ihn gleichwerthigen Nutzen dadurch erhält. Bei der Schadenstheorie steht es doch anders. Eine Sache, die drei Monate lang benutzt ist, ist dadurch allerdings bedeutend entwerthet. Aber wenn sie weitere drei Monate benutzt wird, wird die Entwerthung (von Nähmaschinen vielleicht abgesehen) nur um ein Mäßiges, nicht auf das Doppelte steigen. Die Gesammtheit dieser Gründe führt dazu, dem Schadensprincip, welches auch das praktisch viel einfachere ist, vor dem verwickelteren und complicirteren Abnutzungsprincip den Vorzug zu geben.

Was die Ausgestaltung des Princips im Einzelnen betrifft, so ist meines Erachtens die Wilke'sche Modification eines öffentlichen Verkaufs der Sache in der vorgeschlagenen zwingenden Art für keine Verbesserung zu erachten. Denn der öffentliche Verkauf macht Kosten und gewährleistet nur ein sehr unsicheres Ergebniß wegen der notorischen häufigen Verschleuderung der Sache. Dagegen gefährdet er den Schuldner wegen der für diesen bestehenden Verhaftung für den Ausfall sehr erheblich.

Digitized by Google

Dem Verkäufer ein solches Verkaufsrecht zu gewähren, dazu liegt deshalb keine Veranlassung vor: er mag erwägen, ob er recht daran thut, von seinem vertragsmäßigen Rücknahmerecht Gebrauch zu machen. Anders steht allerdings der Käufer da, der gezwungen ist, die Wegnahme zu dulden. Ihm kann man ein Recht auf den Verkauf zugestehen, wenn er sich die Folgen gefallen lassen will. Das Recht des Gläubigers erscheint dabei ausreichend gewahrt durch die Möglichkeit des Mitbietens. Dies würde eventuell zu dem Mittelvorschlage führen:

> Im Falle der Rücknahme der Sache soll der Verkäufer nur den Anspruch auf den noch ausstehenden — insoweit er noch nicht fällig ist, durch Zwischenzinsen zu verkürzenden — Theil des Erwerbspreises unter Abzug des Werthes der zurückzunehmenden Sache haben und zur Herauszahlung des danach empfangenen Ueberschusses verpflichtet sein. Sind mehrere Sachen auf Abzahlung gegeben, deren Gesammtwerth zur Zeit der Rücknahme den noch ausstehenden Anspruch des Verkäufers übersteigt, so kann der Käufer die Reihenfolge bestimmen, in welcher die Rücknahme der Sachen zu erfolgen hat. Sobald der Verkäufer danach befriedigt ist, gehen die übrigen Sachen in das Eigenthum des Käufers über.
>
> Der Käufer kann verlangen, daß zum Zwecke der Befriedigung des Verkäufers die Sachen öffentlich verkauft werden, und kann dabei die Reihenfolge des Verkaufs bestimmen. In diesem Falle haftet der Käufer dem Verkäufer, insoweit derselbe durch den Verkauf nicht gedeckt wird, für den Ausfall an seinem Anspruche.

V.

Wie bereits angedeutet, sollen die vorstehenden Erörterungen nur einen hypothetischen Wert haben, nämlich für den Fall, daß man den Weg einer Ausnahmegesetzgebung gegen die Abzahlungsgeschäfte überhaupt für den richtigen hält. Ich habe geglaubt, bei dieser Hypothese eingehender verweilen zu sollen, einmal Angesichts der gewichtigen Vertretung, die sie bereits innerhalb des Juristentages gefunden hat, und sodann weil dieses Gutachten dem Zwecke dienen soll, zu einer Klärung unter den bereits gestellten Anträgen ein Weniges beizutragen. Meines Erachtens ist indessen eine Ausnahmegesetzgebung nicht angezeigt.

Bei der Natur unseres Rechtssystems als eines zusammenhängenden Organismus, bei der Störung, die ein Ausnahmegesetz, dem operativen Eingriff am menschlichen Körper vergleichbar, im Bau des Rechtes hervor-

Digitized by Google

ruft, und bei dem Odium, das es innerhalb derjenigen Bevölkerungsclasse, gegen die es gerichtet ist, hervorruft, soll man meines Erachtens zu Ausnahmegesetzen nur schreiten, wenn es sich um einen isolirt stehenden Nothstand handelt, nicht um einen solchen, der seine Wurzeln in einem organischen Fehler des Rechts überhaupt hat, wenn ferner das vorgeschlagene Ausnahmerecht dem Uebel wirklich steuert, und wenn endlich das Heilmittel des Ausnahmerechts dem Rechtsorganismus in seinen sonstigen Lebensfunctionen nicht Schaden bringt.

Keine dieser Voraussetzungen ist indessen betreffs der Verfallclausel und der gegen dieselbe vorgeschlagenen Heilmittel für vorliegend zu erachten.

Die Verfallclausel der Abzahlungsgeschäfte ist zunächst durchaus keine isolirte Erscheinung im wirthschaftlichen Leben; sie ist vielmehr nur eine bestimmte Art einer weit verbreiteten Form des Mißbrauchs der Vertragsfreiheit. Als Verträge völlig analoger Art seien hier nur genannt: die Wohnungsmiethsverträge in den großen Städten und die Versicherungsverträge. In den in Berlin allgemein üblichen formularmäßigen Miethsverträgen findet sich z. B. die Bestimmung, daß der geringste Verzug in Zahlung der Miethe den Vermiether zur Exmission berechtigt, bei welcher der Miether dann noch während der ganzen Contractsdauer für die Miethe verhaftet bleibt. Zum Theil ist sogar bestimmt, daß er eine gewisse Miethsquote (das laufende und das folgende Quartal) als Conventionalstrafe zu entrichten hat, die dem Vermiether hiernach selbst dann verbleibt, wenn er die Wohnung anderweit vermiethet. Eine Hausordnung ist diesen Verträgen beigegeben, welche die minutiösesten Details (wann die Treppen zu scheuern sind, daß man nicht mit Holzpantoffeln über die Treppe gehen dürfe, daß man sich vor der Hausthür nicht aufhalten dürfe u. dgl.) mit der Wirkung regelt, daß die Verletzung seitens des Miethers oder eines Angehörigen die sofortige Exmission mit der oben erwähnten Folge nach sich zieht. Da ist ferner bestimmt, daß sich der Miether jede bauliche Veränderung, selbst in der Wohnung, ohne Ersatzanspruch gefallen lassen muß, und daß er die Miethe auch dann voll bezahlen muß, wenn die Wohnung etwa feucht werden oder (bei Kellerwohnungen) vom Grundwasser heimgesucht werden sollte. Auf derartige Verträge sind wohl reichlich 99 pCt. aller Berliner Wohnungen vermiethet. Die drückenden Bestimmungen der Versicherungsverträge sind jedem Juristen bekannt: da bestimmt eine Lebensversicherungs-Gesellschaft, daß der Verzug auch nur einer Prämienrate den Versicherten um alle Rechte bringt, mag er auch 30 Jahre lang die Prämie bezahlt haben. Da giebt es eine — jedem Proceßrichter in Berlin bekannte — Gesellschaft, welche in den Versicherungsverträgen die Bestimmung unterschreiben

Digitized by Google

läßt, daß man sich durchweg ihren Statuten unterwerfe. Hinterher ergiebt sich eine Statutenbestimmung, nach welcher die nicht pünktliche Zahlung einer Prämienrate eine Conventionalstrafe von 100 pCt. ohne Rücksicht auf die Dauer des Verzugs zur Folge hat; damit noch nicht genug, beträgt diese Conventionalstrafe im Minimum 20 Mk., während die Gesellschaft zum Theil mit Prämienraten von 2 Mk. und darunter operirt. Da giebt es Feuerversicherungs-Gesellschaften, welche den Versicherten verpflichten, binnen 24 Stunden nach jedem Brandschaden sich polizeilich über denselben vernehmen zu lassen, und an die Versäumung dieser Frist den Verlust des ganzen Anspruches knüpfen, und was dergleichen Unbilligkeiten mehr sind.

Weshalb will man nun isolirt gegen die Verfallclausel gerade der Abzahlungsgeschäfte vorgehen? Man sagt: weil der Mißbrauch, der mit ihr getrieben wird, ein besonders schwerer sei. Die Richtigkeit dessen einmal zugegeben, so würde die mindere Schädlichkeit der übrigen gerügten Fälle nur in momentanen wirthschaftlichen Zuständen zu suchen sein, die sich jederzeit ändern können. Wer nach dem Kriege von 1870 in Berlin gelebt hat, erinnert sich des ins Unglaubliche gehenden Uebermuthes, mit welchem damals seitens eines Theils der Berliner Hauswirthe von ihren Exmissionsclauseln Gebrauch gemacht worden ist. Die schwindelhafte Steigerung des Bodenwerthes ließ es in vielen Fällen begehrenswerth erscheinen, den Miether vor die Thür zu setzen, um einen höheren Miethszins zu erzielen, und man benutzte dazu die geringfügigste Vertragsverletzung. Damals stieg die Erbitterung gegen die Berliner Hauswirthe in vielleicht noch höherem Maße, als gegenwärtig die gegen die Abzahlungsgeschäfte. Es war ein Glück für die Hausbesitzer, daß der Krach des Jahres 1873 dem Unfug ein jähes Ende bereitete. Die Mißstimmung hätte sich sonst leicht bedenkliche Auswege suchen können. Aber auch gegenwärtig wird in einzelnen Fällen durchaus kein blöder Gebrauch von der Exmissionsclausel gemacht. Ja, zum Theil in viel schimpflicherer Art, als seitens der Abzahlungshändler! Die letzteren verfolgen doch wenigstens immer auch noch ein berechtigtes Interesse, nämlich das auf den restirenden Theil des Kaufpreises; Hauswirthe dagegen giebt es auch jetzt noch, die ihre Exmissionsclausel zu absolut unberechtigten Interessen ausbeuten. Aus der Praxis ist mir ein Fall bekannt, in welcher ein Hausbesitzer gegen eine Frau, die sich mit Chambregarni-Vermiethen ernährte, zur Exmissionsklage schritt, weil sie mit der Miethe um einige Minuten zu spät gekommen war.[24]) Der

[24]) Die Miethe sollte während der Geschäftszeit in dem bis 8 Uhr Abends geöffneten Geschäftslocal des Vermiethers gezahlt werden. Die Mietherin kam

Digitized by Google

wahre Grund war eine vortheilhafte anderweite Vermiethung der Räume. Und der Mann, der dies that, war mit dem Titel eines Königlichen Hoflieferanten geschmückt! — Die oben erwähnte Versicherungs-Gesellschaft überschüttet das Amtsgericht I zu Berlin mit ihren Klagen auf die Conventionalstrafen, die in rigorosester Art geltend gemacht werden. Aus der Praxis ist mir ferner ein Fall bekannt, in welchem eine Lebensversicherungs-Gesellschaft nach dem Tode des Versicherten jede Zahlung verweigerte, weil sich ergeben hatte, daß der Versicherte aus offenbarem Irrthum sein Alter um ein Jahr zu niedrig angegeben hatte. Die Erben waren bereit, sich von der Summe so viel kürzen zu lassen, als bei richtiger Altersangabe an Prämie mehr zu zahlen gewesen wäre, sie hätten sich eventuell wohl auch mit Rückgabe der eingezahlten Prämien begnügt; die Gesellschaft aber stützte sich auf die Vertragsabrede, wonach eine, auch unwissentliche, unrichtige Angabe über die Personalien des Versicherten sie von jeder Verpflichtung entbindet, aber gleichwohl berechtigt, die gezahlten Prämien zu behalten.

Wenn man derartigen Ungerechtigkeiten auf den verschiedensten Gebieten begegnet, so muß man zu der Annahme kommen, daß es sich um einen organischen Mangel in unserem Rechtssystem handelt, und daß letzteres in wesentlichen Functionen den Lebensbedürfnissen nicht mehr genügt. Und so ist es auch. Alle erwähnten Mißstände beziehen sich auf formulirte Verträge, die der eine Theil gewerbsmäßig, der andere Theil nur aus besonderer Veranlassung abschließt. Der gewerbsmäßig handelnde Theil verwendet alle seine Sorgfalt, um Formulare herzustellen, die einseitig seine Interessen begünstigen. Diese Formulare hat er in Druckexemplaren vorräthig. In anderer Weise schließt er nicht ab, es sei denn, daß ihm ganz ausnahmsweise ein Gegencontrahent gegenübersteht, der wirthschaftlich besonders werthvoll ist und der zugleich über die ausreichende Bildung verfügt, um geeignete Gegenvorschläge zu machen. Im Uebrigen ist der Gegencontrahent dem Formular auf Gnade oder Ungnade preisgegeben. Der Inhalt desselben kommt ihm auch meist gar nicht zum Bewußtsein; er unterschreibt sehr häufig, ganz ohne es durchzulesen, weil Tausende das Gleiche schon unterschrieben haben, und wenn ihm wirklich eine Bestimmung unbillig scheint, dann denkt er: „zu solchem Falle kommt es ja nicht!“ und der andere Theil bestärkt ihn in dieser Auffassung, häufig gar nicht arglistig, sondern sich selbst bewußt, daß er seine Rechte nur wohlwollend handhabt, bis einmal ein Fall der

einige Minuten nach 8 Uhr und fand das Local geschlossen. Sie ging nun nicht in die Wohnung des Vermiethers, sondern offerirte ihm die Miethe am andern Morgen, worauf die Annahme verweigert wurde.

Digitized by Google

Meinungsverschiedenheit oder eine Veränderung in den Interessen des einen Theiles eintritt.

Die Mißstände, die sich aus derartigen Verträgen entwickeln, sind von der einschneidendsten Art. Eine der Voraussetzungen für die Gültigkeit jeden Vertrages, die Willensfreiheit der Contrahenten, können wir gegenüber den Clauseln in den formulirten Verträgen kaum noch anders aufrecht erhalten, als indem wir diese Willensfreiheit fingiren. Oder entspricht es der Wahrheit, wenn wir Jemandem, der aus seiner Wohnung exmittirt werden soll, weil er in Holzpantoffeln über die Treppe gegangen ist, sagen, es sei sein eigener freier Wille, der über ihn komme, denn er selbst habe sich diese Folge in einer „Willkür" gesetzt? Ja, eine Willkür wird er die Schrift wohl nennen, aber nur in des Wortes moderner Bedeutung. Er kann uns, wenn er rechtsgelehrt genug ist, entgegenhalten: Im Deutschen Reiche wird der mit Strafe belegt, der sich nicht eine Wohnung verschafft;[25]) in Berlin aber bekommt Niemand eine Wohnung, der sich nicht dem unterwirft, auf die Straße gesetzt zu werden, wenn er einmal mit Holzpantoffeln über die Treppe geht. Wer diesen Uebeln durch Specialgesetze entgegenwirken will, der ist genöthigt, heute gegen den Abzahlungshandel, morgen gegen die Hauswirthe, dann gegen die Versicherungs-Gesellschaften Gesetze zu machen und doch nur wenig auszurichten, denn der Verkehr und das Wirthschaftsbedürfniß erzeugt stets neue Formen und damit neuen Mißbrauch. Die Specialgesetzgebung aber hinkt immer nach. Viele Jahre hindurch muß der Mißbrauch erst bestehen, bis man außerhalb der Kreise der Nächstbetroffenen ihm die genügende Aufmerksamkeit schenkt. Dann geht ein Berathen in den maßgebenden Körperschaften an, dann wird der schwerfällige Apparat der Vorbereitung unserer Reichsgesetzgebung in Bewegung gesetzt, ein Entwurf wird aufgestellt, geändert, verworfen, erneuert, vertagt, wieder vorgeholt, und bis er endlich Gesetz wird, ist ein neuer Mißbrauch da, auf den er nicht gemünzt ist. Man soll deshalb meines Erachtens im organischen Bau des Rechts selbst den Mangel aufsuchen und ihm in großen Zügen abhelfen. Der Fehler liegt in einer nicht genügenden Berücksichtigung der Billigkeit in unserem Recht, in dem rücksichtslosen Schutz, den wir jedem Anspruche gewähren, welcher die Rechtslogik für sich aufrufen kann, auch wenn er dem Rechtsgefühl widerspricht. Die Abhülfe ist zu suchen in einer allgemeinen Correctur der Vertragsfreiheit. Zwar kann man so weit nicht gehen, die Hauptabreden über Leistung und Gegenleistung einer richterlichen Nachprüfung auf ihre

[25]) Strafgesetzbuch § 361 Nr. 8.

Digitized by Google

Billigkeit unterziehen zu lassen, und den Preis der Waare oder den Lohn der Arbeit gegen die Vertragsabrede zu ändern um der Billigkeit willen.[26]) Denn die wirthschaftlichen Verhältnisse, durch welche Leistung und Gegenleistung hier bedingt werden, sind zu complicirt, als daß sie solche Nachprüfung vertrügen, und die Sicherheit, mit welcher die Contrahenten in ihrem Wirthschaftsbetriebe auf die festgesetzten Preise rechnen, müßte schwer geschädigt werden und einer bedenklichen Unwirthschaftlichkeit weichen, wollte man Derartiges zulassen. Aber so liegen die hier in Rede stehenden Auswüchse nicht. Sie haben alle das Gemeinsame, daß sie sich auf Fälle beziehen, deren Eintritt nicht gewünscht, sondern deren Nichteintritt als die Regel angesehen wird. Kein Abzahlungshändler soll von dem Gewinn leben, der an zurückgeforderten Sachen klebt, kein Hausbesitzer von dem Zins, den ihm Miether, die er auf die Straße setzt, für eine nicht verwohnte Zeit zahlen, keine Versicherungs-Gesellschaft von den Prämien verfallener Policen. Käme es vor, daß Jemand seinen Erwerb hierauf basirte, so wäre dies ein schimpflicher Erwerb, der keinen Schutz zu beanspruchen hätte. Gerade weil die Abreden immer sich auf Fälle beziehen, von denen man annimmt, daß sie nicht eintreten werden, werden sie so leicht eingegangen. Gerade deshalb sind sie aber auch einer Berücksichtigung durch die Billigkeit ganz besonders zugänglich, ohne die Ordnung unseres Wirthschaftslebens zu stören. Was den Umfang der zu schützenden Fälle betrifft, so gehen dieselben weit über das Gebiet der Conventionalstrafe hinaus;[27]) der für letztere angestrebte — auch vom Juristentag gebilligte — Schutz durch ein richterliches Ermäßigungsrecht ist sonach nicht genügend. Ich erlaube mir deshalb, folgenden Vorschlag für eine aufzustellende allgemeine Norm des bürgerlichen Rechts:

„Sind in einem Vertrage Nebenabreden für entferntere Fälle, insbesondere für die Folgen einer Vertragsverletzung getroffen, so dürfen Ansprüche und Einreden aus solchen Abmachungen nur geltend gemacht werden, insoweit nicht ihre Durchführung eine harte und ungerechte Bedrückung des anderen Theiles enthält.

Ansprüche und Einreden, welche dem zuwider erhoben werden, sind, wenn sie nicht völlig unstatthaft sind, vom Richter auf das Maß des Zulässigen einzuschränken. Handelt es sich

---

[26]) Ausnahmsweise freilich, wie bei der Wuchergesetzgebung und bei der laesio enormis, geschieht auch dieses.

[27]) Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches rechnet auch die Verfallclausel nicht zur Conventionalstrafe. Entw. § 420 mit Motiven Bd. II S. 275.

Digitized by Google

um Leistungen, die nicht in Geld oder vertretbaren Sachen bestehen, so hat der Richter nach den Umständen des Falles zu bestimmen, in welcher Art die Einschränkung zu erfolgen hat.

Ein vertragsmäßiger Verzicht auf diese Vorschrift ist unwirksam."

Von diesem Satze soll eine Ausnahme auch für das Handelsrecht nicht gestattet werden. Die Begriffe über „harte und ungerechte Bedrückung" mögen hier — namentlich bei Speculationsgeschäften — freilich häufig andere sein. Aber diese concrete Sachlage ist vom Richter zu berücksichtigen. Handelt es sich indessen um einen Anspruch, der auch vom Standpunkte des reellen Handels als eine Bedrückung des Gegners empfunden wird, so hat er nicht mehr Recht auf Schutz, als außerhalb des Handels. Man hat, als man die Wuchergesetzgebung nicht auf feste Zinstaxen, sondern auf allgemeine Humanitätsgedanken basirte, gleichfalls nicht daran gedacht, den Handel, obwohl er manchmal hoher Risicoprämien bedarf, von den Wuchergesetzen auszunehmen.

Auf das Abzahlungsgeschäft und dessen Verwirkungsclausel angewendet, würde die vorgeschlagene Norm in ihrer praktischen Anwendung meist wohl zusammenfallen mit dem oben darggestellten Schadensprincip. Aber wo sich nach den Umständen des Falles das Abnutzungsprincip als das gerechtere zeigen sollte, stände nichts entgegen, auch nach diesem zu erkennen. Die Vorschrift hätte somit den Vortheil, von beiden Principien das Angemessene zur Geltung kommen zu lassen. Und wenn etwa ein Abzahlungshändler aus bloßer Chicane eine ihm einen Tag zu spät gebrachte Rate nicht annehmen und seine Sache zurückfordern sollte, so böte die Vorschrift die Handhabe, ihn zur Vertragsfortsetzung zu zwingen.

Ein Einwand gegen den Vorschlag liegt freilich sehr nahe. Man wird sagen: „Was ist ein entfernter Fall? Was ist Bedrückung? Was ist hart und ungerecht? Lauter unbestimmte Begriffe! Der richterlichen Willkür ist Thür und Thor geöffnet." Darauf ist zu erwidern: Allerdings hat der Vorschlag nicht die Vorzüge, die mathematischen Formeln eigen sind. Allein kann Jemand die Berücksichtigung der Billigkeit schärfer formuliren, dann — cedo meliori. Kann dies nicht geschehen, dann liegt hierin kein Grund, der Billigkeit in unserem Rechtssystem die Stellung zu verweigern, welche sie haben muß, wenn unser Privatrecht den Stürmem einer in schwerem socialen Ringen begriffenen Zeit überhaupt Stand halten soll. Schon rüsten Hunderttausende — mit jeder Reichstagswahl sich verstärkend — dazu, unsere ganze Privatrechtsordnung in Trümmer zu legen, weil sie der Billigkeit widerspreche. Wir müssen dem gegenüber das Unsere thun, um der Billigkeit ein

Digitized by Google

weiteres Anwendungsgebiet im System unseres Privatrechts zu sichern. Dazu will der vorstehend gemachte Vorschlag ein kleines Theil beitragen.

Es soll noch dargelegt werden, daß derselbe auch speciell auf dem Gebiete der Abzahlungsgeschäfte eine sachgemäßere Gestaltung bringt, als die vorgeschlagene Specialgesetzgebung. Die Gefahr jeder Ausnahmegesetzgebung bildet es nämlich, daß man den Fall, den man treffen will, nicht ganz trifft, weil der Organismus des Rechts noch andere Mittel für die Erreichung des verpönten Zweckes bietet, und daß man andererseits Fälle trifft, die zu treffen man gar nicht beabsichtigt. Beiden Gefahren sind meines Erachtens alle oben (S. 266 f.) mitgetheilten Vorschläge, die sich mit der Verwirkungsclausel beschäftigen, erlegen. Ihnen allen ist zunächst der Gedanke eigen, neben der Vertragsaufhebung jede Conventionalstrafe auszuschließen, der Veräußerer soll sein Interesse nur nach Maßgabe des betreffenden Specialvorschlages geltend machen dürfen. Zum Theil, wie beim Antrage Makower, ist dies ausdrücklich ausgesprochen, im Uebrigen muß dieser Gedanke als selbstverständlich unterstellt werden, weil die Vorschläge sonst illusorisch würden. Diese Lösung befriedigt meines Erachtens weder theoretisch noch praktisch. Die Conventionalstrafe ist eine gute Einrichtung im Rechtssystem, sie dient einem doppelten Zweck: sie soll eine einfache Art für den Ersatz des Schadens sichern und soll ferner ein Zwang für die Vertragstreue sein. Beide Zwecke sind voll berechtigt. Weshalb versagt man sie dem Abzahlungsgeschäfte? Man wird erwidern: „Weil damit Mißbrauch getrieben wird." Aber darf der Mißbrauch eines Rechtes dazu führen, auch den rechtmäßigen Gebrauch zu verbieten? Nicht ungestraft stört man durch solchen Eingriff unsere Rechtsordnung. Wie nun, wenn der Fall wie folgt liegt? Im März kauft A von B für 300 Mk. Möbel auf Abzahlung, er zahlt 30 Mk. an und vom 1. April ab soll er monatlich 20 Mk. zahlen. Die Sachen soll B bis 1. April in Verwahrung für A halten und sie ihm dann in seine zu diesem Tage neu gemiethete Wohnung liefern. Als B dies thut, erklärt A, er habe sich's anders überlegt und wolle von dem Vertrage nichts wissen, auch die jetzt fälligen 20 Mk. nicht zahlen. B tritt in Folge dessen auch seinerseits vom Vertrage zurück. Welche Rechte hat B aber nun? Nach der Abnutzungstheorie gar keine. Denn die Sachen sind gar nicht benutzt worden. Nach der Schadenstheorie steht es freilich anders. Da kommt es darauf an, wie viel die Sachen werth sind. Hat der Händler Sachen für 300 Mk. verkauft, die nur 200 Mk. werth sind, dann kommt er wohl zu dem Ergebniß, daß er die Anzahlung behalten darf, denn er hat noch 270 Mk. als Kaufpreis zu fordern und erhält Sachen im Werthe von nur 200 Mk. Also behält er die 20 Mk.

Digitized by Google

mit Recht. Wie aber, wenn der Händler menschenfreundlich war und die Sachen ohne Aufschlag über den Baarpreis verkauft, sich aber eventuell den Verfall der Anzahlung ausbedungen hat? Dann bekommt er nichts. Was sagen wir ihm, wenn A ihn neben dem frevehaften Vertragsbruch noch auf Rückgabe der Anzahlung verklagt und wenn er fragt, weshalb sein gutes Recht nicht gelten solle, wonach er sich die 30 Mk. als Conventionalstrafe ausbedungen hat? Wir sagen ihm: „Weil deine Genossen, die Abzahlungshändler, Mißbrauch mit ihrem Rechte getrieben haben, deshalb hat unser Gesetz die Conventionalstrafe hier beseitigt". Der Händler aber kann erwidern: „Was kann ich für die Fehler meiner Genossen? Straft für deren Sünden diese selbst!" Man darf hiergegen nicht einwenden, daß dergleichen Fälle nur selten vorkämen. Dieser Einwand wäre nur im Gebiete des dispositiven Rechtes berechtigt. Wo die Vertragsfreiheit, dieser gewaltige Regulator des gesammten Privatrechts, freie Entfaltung hat, da können wir die Rechtsnorm auf die Fälle der Regel beschränken, und wenn das Leben Ausnahmen zeitigt, für welche die Norm nicht paßt, so können wir sagen: hier mögen die Parteien durch Abreden sich helfen. Wer aber an die Gesetzgebung gerade zu dem Zwecke herangeht, um dieses Ventil zu verschließen, für den steht jeder Fall, in dem seine als unabänderlich aufgestellte Norm das materielle Recht kränkt, als eine Anklage da.

Und bei alledem geben die Vorschläge dem Bestreben (an dem es natürlich nicht fehlen wird), dem Gesetze ein Schnippchen zu schlagen, doch noch Raum. Sie befassen sich nur mit dem Falle der Rücknahme der Sache. Nur dieser Fall wird speciell geregelt; nur für ihn wird die Conventionalstrafe ausgeschlossen. Bestehen bleibt sie indessen für andere Vertragsabreden. Es kann also z. B. bedungen werden, daß, wenn der Käufer mit einer Rate in Rückstand geräth, Alles, was er gezahlt hat, dem Verkäufer als Conventionalstrafe verfallen ist, und daß er mit seinen Raten wieder von vorn anzufangen hat. Hierdurch kann nicht nur eine dauernde Schuldknechtschaft des Käufers bedingt, sondern gerade eben der Schutz, den man dem Käufer wenigstens bei Wegnahme der Sache gewähren will, illusorisch gemacht werden. Ein findiger Händler (und was erst einer gefunden hat, ist ja für alle da) kann die Verträge so formuliren:

1. Geräth der Käufer mit einer Rate in Verzug, so ist alles Gezahlte als Conventionalstrafe verfallen und es muß mit den Zahlungen von Neuem begonnen werden.
2. Geräth er demnächst mit einer weiteren Rate iu Verzng, so hat der Verkäufer das Recht der Vertragsaufhebung.

Digitized by Google

Was nützen hier alle Vorschläge? Die Abrede zu 1 ist unanfechtbar, das bis dahin Gezahlte unwiderruflich dem Verkäufer verfallen. Bei dem demnächstigen ferneren Verzug und der Rücknahme der Sache kann es sich nur um diejenigen Zahlungen handeln, die zwischen dem ersten und dem zweiten Verzuge liegen; das wird oft gar nichts sein. Namentlich bei wöchentlichen Zahlungen wird es eine häufige Erscheinung sein, daß, wer in einer Woche nicht zahlen kann, es auch in der nächsten noch nicht kann.

Will man derartigen Unterschlupfen einen Damm vorschieben, so bleibt kaum etwas anderes übrig, als für das ganze Gebiet der Abzahlungsgeschäfte (sie mögen welchen Inhalt immer haben) die Conventionalstrafe grundsätzlich auszuschließen.[28]) Der Erfolg solcher Einschränkung der Vertragsfreiheit wäre aber ganz unabsehbar. Wenn sich z. B. gemeinnützige Abzahlungshäuser bildeten, die von allen bedrückenden Bestimmungen, ja von jedem Eigenthumsvorbehalt Abstand nehmen, aber in ihren Verträgen stipuliren, daß, wer mit der monatlichen Ratenzahlung von 3 Mk. rückständig bleibt, 25 Pf. Conventionalstrafe zu zahlen hat, so wäre das ungültig. Wo in aller Welt ist die ratio juris, die dergleichen rechtfertigt? Und welche Inconsequenz liegt darin, dem Händler die Abrede, daß bei nicht pünktlicher Zahlung der ganze Kaufpreis fällig wird (eine Abrede, die den Erwerber auf das Empfindlichste ergreift und ihn zur Zahlung in einer Höhe nöthigt, die er gerade nur in Rücksicht auf die Ratenzahlung bewilligt hat), zu gestatten,[29]) die Ausbedingung von 25 Pf. Conventionalstrafe für die Unpünktlichkeit aber zu verbieten.

Auf einer wie viel höheren Warte stehen wir, wenn wir die oben vorgeschlagene Billigkeitsregel zur Norm erheben! Da ist kein Schlupfwinkel, in den man sich verkriechen und des Gesetzes spotten könnte, und da ist andererseits auch keine Ungerechtigkeit gegen den Händler. Versagt der Richter einer seiner Clauseln die Wirksamkeit, so geschieht es nicht um äußerer Gründe willen, und wir können dem vermeintlich Benachtheiligten sagen: „Nicht, weil du ein Abzahlungshändler bist, wird dir anderes Recht gesprochen; wir führen nicht zweierlei Maß in unseren Gerichten, eines für die Abzahlungshändler und eines für die anderen Menschen. Nein! weil dein Unternehmen gerade so, wie du es beginnst, die ewigen Principien der Menschlichkeit verletzt, deshalb versagen

---

[28]) So das Wilke'sche Gutachten in These V (a. a. O. S. 129) und der österreichische Gesetzentwurf von 1891 § 1 Abs. 2.

[29]) Weder das Wilke'sche Gutachten noch der österreichische Entwurf verbieten diese Abrede.

Digitized by Google

wir dir, wie Jedem in gleicher Lage, den Arm des Staates zur Durchführung deines Unternehmens.“ Dieser Standpunkt ist meines Erachtens theoretisch wie praktisch der allein richtige. „Pacta servanda sunt“ ist ein großer Satz. „Maxime in jure aequitas spectanda est“ sei der ebenbürtige Gegensatz! Beide Principien sollen den allgemeinen Theil unseres Privatrechts beherrschen und in ihrer harmonischen Vereinigung die einzelnen Rechtsinstitute von selbst durchdringen.

VI.

Der zweite allgemein beklagte Uebelstand der Abzahlungsgeschäfte besteht in der außerordentlichen Erhöhung der Preise, denen hierbei fast durchweg der arme Mann verfällt. Der erwähnte Sachverständige (s. o. S. 275) schätzt für das Möbelgeschäft, daß die Abzahlungshändler mit 75 bis 100 pCt. über den Einkaufspreis verkaufen, während sonst für das Möbelgeschäft mit einem Aufschlage von nur 10—15 pCt. verkauft werde.[30]) Von einer Nähmaschine, die der Abzahlungshändler mit 160 Mk. verkauft, schätzt der Sachverständige den Preis im Baarverkauf auf 110 Mk. Die Richtigkeit dieser Zahlen vorausgesetzt, würde sich für das Möbelgeschäft ergeben, daß, was für 100 Mk. eingekauft ist, im Baarverkauf mit 110—115 Mk., im Abzahlungsverkauf dagegen mit 175—200 Mk. verkauft wird, d. h. wenn man Baarpreis und Abzahlungspreis in ein Verhältniß setzt, daß der Baarpreis zum Abzahlungspreis sich verhält wie 110 : 175 bezw. wie 115 : 200, also in dem einen Falle wie 100 : 159, im anderen Falle wie 100 : 174. Das bedeutet: der Abzahlungshändler nimmt 59—74 pCt. über den Baarpreis. Im Nähmaschinenhandel würde bei dem Verhältniß von 110 : 160 sich der Aufschlag über den Baarpreis auf 45½ pCt. stellen. Authentische Ermittelungen in dieser Beziehung fehlen leider durchaus, die Schätzungen des Einzelnen, so gewissenhaft sie gemacht sein mögen, werden immer von einer gewissen Subjectivität getragen sein.[31]) Daß indessen der Preis

[30]) Die Richtigkeit der letzteren Angabe ist meines Erachtens doch wohl in Zweifel zu ziehen. Wenn man bedenkt, daß es in Berlin Möbelgeschäfte giebt, die gewissen Vereinen (z. B. dem Beamtenverein) 5 pCt. Rabatt gewähren und außerdem allgemein die Transportkosten tragen, so scheint es kaum denkbar, daß mit einem Bruttogewinn von nur 10—15 pCt. gearbeitet werden soll.

[31]) Auch die Mittheilungen, welche der Verein gegen Unwesen im Handel und Gewerbe zu Cöln macht (vgl. Cohen a. a. O. S. 115) und wonach sich die Preise noch höher gegen den Einkaufspreis stellen, sind nicht weiter begründet, als daß der Verein dieselben „aus authentischer Quelle“ erhalten haben will. Eine Angabe darüber, wie hoch sich im Baarverkauf der Verdienst stellt, hat der gedachte Verein zu machen unterlassen. Offenbar ist aber dieser Factor von entscheidender Be-

Digitized by Google

in den Abzahlungsgeschäften ein sehr viel höherer ist, als der Baarpreis, steht außer jedem Zweifel.

Im Gegensatz zu den meisten bisher hervorgetretenen Stimmen vermag ich indessen auch in dieser Erscheinung nichts Isolirtes zu erblicken. Es ist eine der betrübendsten Erscheinungen unseres gesammten Wirthschaftslebens, daß der arme Mann fast alle seine Bedürfnisse theurer bezahlen muß, als der Reiche. Meist ist dies relativ der Fall, indem diejenigen Sachen, welche vorzugsweise der Arme braucht, mit einem procentual größeren Aufschlag versehen werden, als die Sachen, welche der Reiche braucht. Zum Theil geschieht es aber auch in der Form, daß dieselbe Sache für den Vermögenden billiger käuflich ist, als für den Armen. Eine wesentlich im Interesse des Capitalismus thätige Gesetzgebung sorgt dafür, daß, wo der Staat einen Einfluß auf die Preisbildung übt, er dies leider meistens in gleichem Sinne thut. So z. B. erhebt der Staat vom Kaffee, ob er geringwerthig oder bester Art ist, die gleiche Steuer von 25 Pf. für das Pfund in gebranntem Zustande. Ob also das Pfund im Kleinverkehr 1 oder 2 Mk. kostet (diese Grenzen sind noch keineswegs die äußersten), so liegt im Preise 25 Pf. Steuer. Ohne Steuer würde der Kaffee 75 Pf. bez. 1,75 Mk. kosten. Das heißt also: der Arme muß $33\frac{1}{3}$ pCt., der Reiche nur $14\frac{1}{3}$ pCt. an Steuer zahlen.[32]) Wer im Deutschen Reiche einen Proceß über 20 Mk. führt, der durch Beweisaufnahme entschieden wird, hat 3 Mk. an Gerichtsgebühren zu zahlen; wer um 20 000 Mk. processirt, zahlt 420 Mk., d. h. im ersten Falle werden 15 pCt., im letzteren $2\frac{1}{10}$ pCt. der Streitsumme erhoben. Durch die in beiden Fällen gleichmäßig hinzutretenden baaren Auslagen wird das Verhältniß zu Ungunsten des kleinen Mannes noch bedeutend verschoben. Nun mag es richtig sein, daß auch der Vermögende um kleine Summen processirt und deshalb in diesem Falle die hohen Kosten gleichfalls zahlen muß. Allein der Arme processirt fast nur um kleine Summen, und die Verbilligung der großen Processe kommt deshalb fast nur den Reichen zu Gute.

---

deutung bei der Vergleichung. Ganz besonders gilt dies von der Confectionsbranche, bei der der Verdienst auch im Baarverkauf notorisch ein außerordentlich hoher ist.

[32]) Der Steuertechniker wird sagen: den Kaffee bei der Verzollung nach der Qualität zu unterscheiden, sei nicht durchführbar. Aber darin liegt eben gerade die plutokratische Denkungsart. Weil die Steuer nicht anders erhoben werden kann, wird sie schablonenmäßig von Arm und Reich gleich erhoben. Die richtige Fragestellung müßte die sein: ob eine Steuer, die sich nicht anders, als mit der gedachten großen Ungerechtigkeit erheben läßt, zu denjenigen gehört, die ein gerechter Staat in Erhebung setzen darf?

Digitized by Google

Wer in Berlin seine Testament machen will, muß sich dazu des Richters bedienen: Der arme Mann, der sich mühsam im Leben 300 Mk. erspart und sie seiner Tochter vermachen will, um den bereits selbständigen Sohn davon auszuschließen, zahlt dem Gericht 6 Mk. d. i. 2 pCt. der Summe; der behäbige Bürgersmann, der über 100 000 Mk. disponirt, zahlt 50 Mk. d. i. $^1/_{20}$ pCt; der Banquier in der Thiergartenvilla, der seinen Sohn zum Herrn einer Million einsetzt, zahlt auch nur 50 Mk. d. h. $^1/_{200}$ pCt. Also: je reicher Jemand ist, um so billiger wird für ihn gearbeitet, je ärmer er ist, um so theurer. Selbst daß der Arme das 400fache bezahlen muß, ist kein Hinderniß dafür, es von ihm zu nehmen. Die Beispiele aus dem Kosten- und Steuerwesen ließen sich ins Unendliche vermehren.

Innerhalb der Privatwirthschaft wirken eine Reihe von Factoren zusammen, um den Armen beim Consum in eine unvortheilhaftere Lage zu bringen, als den Vermögenden. Der Einkauf im Kleinen, die Inanspruchnahme von Credit und das damit verbundene Risico, die mindere Annehmlichkeit des Verkehrs mit der ärmeren Bevölkerung spielen hierbei die Hauptrolle. Charakteristisch sind in dieser Beziehung die Wohnungsverhältnisse der großen Städte. Kein Hausbesitzer in Berlin vermiethet an „kleine Leute", wenn er nicht sehr viel mehr an Miethe dabei herausschlägt. Wenngleich eine genaue Verhältnißstatistik hierüber nicht bekannt ist, so wird man doch kaum zu hoch greifen, wenn man sagt: ein Haus, das sonst 20 000 Mk. an Miethe einbringt, muß, wenn es in kleine Wohnungen von Stube und Küche oder Stube, Kammer und Küche zerlegt wird, 30 000 Mk. einbringen. Ein Theil des Ueberschusses wird auf die größere Abnutzung und die dadurch bedingten größeren Reparaturen entfallen, ein anderer Theil auf die theurere Verwaltung, die solche Häuser machen, deren häufig mehrere in der Hand eines, in entferntem Stadttheile wohnenden Eigenthümers vereinigt sind, ein dritter auf die Miethsausfälle, ein vierter auf die Kosten von Interventionsprocessen mit dem Möbelverleiher u. dgl. Wenn dann noch vielleicht 5000 Mk. an Reingewinn mehr übrig bleiben, so heißt das etwa so viel, als daß das Capital sich um 2 pCt. besser verzinst, als bei der Vermiethung an Vermögende. Diese Mehrverzinsung verlangt der Capitalist, sonst nimmt er die Unannehmlichkeit des Vermiethens an „kleine Leute" nicht auf sich. Richtet der Hausbesitzer seinen Bau von vornherein darauf ein, so wird er durch möglichst einfache Ausstattung der Räume und dadurch, daß er die Zimmer niedriger baut (denn der arme Mann ist auch damit zufrieden), noch mehr herausschlagen. Man wird deshalb kaum zu schwarz schildern, wenn man sagt: in Berlin muß der

Digitized by Google

arme Mann den Kubikmeter seiner Wohnung um mehr als 50 pCt. theurer bezahlen, als der Vermögende. Die Umstände, welche diesen Zustand hervorrufen, sind leider in den wirthschaftlichen Verhältnissen tief begründet. Wo der Staat die Privatwirthschaft zwingend beeinflußt, sieht er sich genöthigt, diesen Factoren einen Einfluß einzuräumen, der zum Theil geradezu erschreckend ist. Ein Beispiel dafür bilden die Pfandleihhäuser. Das preußische Pfandleihgesetz vom 17. März 1881, das gewiß von jedem Verdachte, in favorem der Pfandleiher gearbeitet zu sein, völlig frei ist, bestimmt die Zinstaxe der Pfandleiher bei Beträgen bis 30 Mk. auf 2 Pf. per Mark und Monat, beim Ueberschusse auf 1 Pf. per Mark und Monat, d. h. im letzteren Falle auf 12 pCt., im ersteren auf 24 pCt. Also auch hier ein enormer Zinssatz gerade für die armen Leute, welche doch die wesentlichen Benutzer der Pfandleihen sind, und daneben noch die besondere Belastung der Aermsten, die nur unter 30 Mk. leihen. Daß der Staat zu dieser Gestattung genöthigt ist, zeigt, wie machtlos er gegen die hier wirkenden Factoren ist, welche fast durch unser ganzes wirthschaftliches Leben hindurch die Armuth verfolgen. Wo immer der arme Mann erscheint, um zu kaufen, da wird das Brennusschwert gegen ihn in die Waagschale geworfen: „Vae pauperibus!“ ruft der Verkäufer.

Andere Momente, als die vorwiegend geschilderten, sind meines Erachtens auch im Abzahlungsgeschäfte nicht als preisbestimmend anzuerkennen: Der Kauf auf langen Borg, das gewaltige Risico des Verkäufers, die außerordentlich hohen Geschäftsspesen und die Unannehmlichkeit des Geschäftes gegenüber dem Baargeschäft sind die den Preis ins Enorme treibenden Umstände. Behauptet wird freilich, daß die Abzahlungsgeschäfte sogenannten Waarenwucher treiben, d. h. daß sie nicht nur in Berücksichtigung der vorstehend gedachten Momente, sondern darüber hinaus unter vorsätzlicher Bedrückung des Käufers den Preis willkürlich ins Maßlose schrauben. Meines Erachtens ist dieser Vorwurf nicht erwiesen. Die bloße Höhe des Preises kann hier nichts beweisen, solange die Gegenseite (Höhe des Risicos und der Geschäftsspesen) nicht auch aufgemacht wird. Aber in dieser Beziehung fehlt es bei allen Gegnern der Abzahlungsgeschäfte auch nur an einem Versuche, was namentlich zum Vorwurfe für die aus den kaufmännischen Kreisen dieserhalb laut gewordenen Stimmen gereicht. Keiner von diesen Gegnern hat versucht, die Bilanz eines Abzahlungshändlers auf Grund von Erhebungen in gewissenhafter Schätzung aufzumachen und dadurch einen immensen Gewinn der Händler darzuthun. Auch der indirecte Beweis, das die Abzahlungshändler durchweg oder zu einem großen Theile in kurzer Zeit

Digitized by Google

reiche Leute würden (ein Beweis, der in Ermangelung eines directen durchaus probabel wäre) hat Niemand unternommen. Gegenüber der Höhe der Preise sei indessen mit wenigen Worten auf die Art des Risicos der Abzahlungsgeschäfte hingewiesen. Eine weit verbreitete Meinung scheint als das einzige Risico des Händlers den Verlust der Sache durch Unredlichkeit des Käufers anzusehen und scheint davon auszugehen, daß, wenn der Händler seine Sache zurücknimmt, dies für ihn stets ein Geschäft mit Gewinn sein müsse. Ein Blick auf die anliegende Tabelle zeigt aber ein sehr erhebliches Risico schon bei solcher Rücknahme. Spalte 12 der Anlage giebt die vom Kläger vorgeschossenen Kosten an. Schreitet nun der Kläger zur Wegnahme der Sache, so muß er noch ferner das Urtheil zustellen lassen, was incl. Porto etwa 0,75 Mk. kostet; dem Gerichtsvollzieher hat er ferner eine Gebühr von 3 Mk. zu zahlen. Die Kosten erhöhen sich danach um 3,75 Mk., wobei noch von den Transportkosten abgesehen ist. Prüfen wir nun aus der Anlage alle diejenigen Fälle, in welchen die Zahlungen des Käufers nicht über $^1/_4$ des Werthes betragen haben, und in welchen zugleich der Kläger einen vollstreckbaren Titel auf Herausgabe der Sache erwirkt hat, und stellen die Frage: wie verhalten sich die bloßen Kostenauslagen des Klägers zu seinem durch die Zahlungen empfangenen Gewinn? so erhalten wir folgendes Ergebniß:

Nummer	Der Verkäufer hat an Zahlungen erhalten Mk.	Er hat an Kosten ausgelegt[33]) Mk.	Die Zahlung übersteigt die Kosten um Mk.	Die Kosten übersteigen die Zahlung um Mk.
16	4,00	12,55	—	8,55
17	76,00	21,15	54,85	—
27	6,00	7,30	—	1,30
28	3,00	5,90	—	2,90
35	10,00	7,30	2,70	—
38	2,50	5,90	—	3,40
39	6,00	5,25	0,75	—
44	6,00	14,90	—	8,90
60	30,00	30,75	—	0,75
61	20,00	5,30	14,70	—

[33]) Nämlich den in Spalte 12 der Tabelle vermerkten Betrag plus 3,75 Mk.

Digitized by Google

Unter den hier gezählten 10 Fällen sind also 6, in denen der Verkäufer schon an den Kosten Geld zusetzt und außerdem seine Sache in einem abgenutzten Zustande ohne das geringste Entgelt zurücknehmen muß. Auch die Nr. 35 dürfte hierher zu rechnen sein, wenn man bedenkt, daß die Kosten für Hin- und Rücktransport eines Kleiderspindes hinzutreten. Die Mehrkosten werden hier den Ueberschuß völlig absorbiren. Aber auch die drei anderen Fälle müssen nothwendig mit Verlust für den Kläger enden, und zum Theil mit sehr beträchtlichem. Bei Nr. 17 verbleiben dem Kläger allerdings 54,85 Mk. Es handelt sich indessen dabei um Kleiderspind, Wäschespind, Spiegel, Pfeilerspind, vier Stühle, Sopha, zwei Tische, Bettstelle mit Matratze und zwei Gardinenstangen. Der Hin- und Rücktransport dieser Sachen soll nur auf je 4 Mk. angenommen werden, so bleiben 46,85 Mk. Es soll ferner als richtig angenommen sein, daß der Händler die Sachen um 100 pCt. über die Herstellungskosten verkauft hat, daß sie ihn also nur 131 Mk. kosten und im Baarverkauf mit etwa 150 Mk. zu haben sein würden, so muß man fragen, mit wie viel sind Möbel dieser Art, welche von armen Leuten $1^1/_4$ Jahr benutzt sind, noch zu verwerthen? Die Hälfte ihres Werthes, also 75 Mk., wird hoch gerechnet sein, wenn man bedenkt, zu wie billigen Preisen in großen Städten gebrauchte Möbel zu kaufen sind. Der Händler würde also für eine Sache, die ihn 131 Mk. kostet, 75 + 46,85 Mk. = 121,85 Mk. erhalten, also immer noch mit Schaden gearbeitet haben, ganz ungerechnet seine Geschäftsspesen. Bei Nr. 39 erhält der Händler einen Anzug, der Monate lang getragen ist, und hat von der Anzahlung nach Abzug der Kosten nur 75 Pf. behalten. Mag der Anzug ihm noch so billig zu stehen kommen, ein Geschäft mit großem Schaden liegt ganz klar auf der Hand. Bei Nr. 61 endlich verbleiben dem Händler allerdings 14,70 Mk. Nach den oben dargestellten Verhältnissen über die Abnutzung von Nähmaschinen wird aber so viel ganz klar sein, daß die Entwerthung der Nähmaschine eine sehr viel größere ist.

Risiken dieser Art müssen naturgemäß eine enorme Preissteigerung veranlassen. Wenn dem gegenüber von Waarenwucher der Abzahlungsgeschäfte gesprochen wird, so kann ich zwar nicht behaupten, daß dergleichen nicht wahr ist. Aber der Jurist muß sagen: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, und ein Beweis ist nicht erbracht, denn die bloße Höhe der Preise beweist nichts, ebensowenig wie die Höhe der Miethszinsen der armen Leuten einen Beweis dafür erbringt, daß die Hausbesitzer mit ihnen Wucher treiben. Daß sich eine große Mißstimmung gegen die Abzahlungshändler ihrer hohen Preise wegen bemerklich macht,

Digitized by Google

welche über die Mißstimmung wegen anderweiter Uebertheuerungen des armen Mannes sehr bedeutend hinausgeht, ist allerdings richtig. Aber der Grund dieser Erscheinung liegt auch sehr auf der Hand. Die Benachtheiligung des armen Mannes wird nämlich sonst versteckt geübt, hier aber offen. Wenn der Arme in seinem Kaffee eine zu hohe Steuer zahlt, so ist das sichtliche Ergebniß doch immer, daß er 1 Mk. und der Reiche 2 Mk. für das Pfund zahlt; wenn er übervortheilt wird in seiner Wohnung: item er wohnt aber doch nur für 2—300 Mk., der Reiche aber für 2—3000 Mk. Es gehört erst große Calculation dazu, um den Nachtheil zu erkennen. Wie anders bei den Abzahlungsgeschäften? Man sieht es ganz klar, wie nebenan derselbe Gegenstand für 60 Mk. zu haben ist, für den der Abzahlungshändler 90 Mk. fordert. Man könnte ihn ebenso gut für 60 Mk. kaufen, wie der Vermögende, wenn man nur eben die 60 Mk. hätte. Daher die Erbitterung und — der Menschennatur entsprechend — ihre Entladung auf denjenigen, in dessen Tasche die 90 Mk. fließen.

Ein trauriges Geschäft bleibt es für den armen Mann freilich immer, Ueberpreise so enormer Art zahlen zu müssen. Der Trost, daß das Abzahlungsgeschäft ihm dadurch zur Theilnahme an Culturerrungenschaften verhilft, deren er sonst entbehren müßte, ist zwar nicht von der Hand zu weisen, aber er ist doch nicht ausreichend. Indessen die Abhülfe kann meines Erachtens auch hier in einem staatlichen Eingriff gegen das Abzahlungsgeschäft nicht gesucht werden. Daß an ein Verbot der Abzahlungsgeschäfte nicht zu denken ist, daß vielmehr diese Geschäfte als wirthschaftlich unentbehrlich und nützlich anzusehen sind, darf als die allgemeine Meinung des Juristentages, aus dem eine gegentheilige Stimme nicht laut geworden ist, angesehen werden. Einen Einfluß auf die Preisbildung zu üben, liegt aber außerhalb der directen Macht der Gesetzgebung. Staatliche Hülfe kann hier nur indirect gesucht werden: nämlich in einer allgemeinen socialen Gesetzgebung, die den Vortheil des Armen bedenkt. Wenn man diejenigen Steuern, welche vorzugsweise die Armen treffen, beseitigt und unsere ganze, namentlich die indirecte Steuergesetzgebung zum Vortheil der Armen reformirt, wenn man Maßnahmen trifft, welche der Arbeit einen größeren Antheil am Unternehmergewinn sichern, wenn man den Spartrieb in rationeller Weise unterstützt, so wird man die Kaufkraft der unteren Stände heben und sie dadurch unabhängiger von den Abzahlungsgeschäften stellen. Die Einzelheiten solcher Gesetzgebungsziele dürften indessen außerhalb der Aufgaben liegen, die sich der Juristentag gestellt hat. Als directes Abhülfemittel ist der schon ander-

Digitized by Google

weit[34]) gemachte Vorschlag der Errichtung gemeinnütziger Abzahlungsgeschäfte zu empfehlen, womit sich eine geeignete Stärkung des Credites der Arbeiter, z. B. durch Gründung von Einkaufsverbänden unter den Arbeitern einer oder mehrerer Fabriken verbinden ließe. Man ist neuerdings, in Erkennung der schlechten und theuren Arbeiterwohnungen, zur Errichtung gemeinnütziger Arbeiterhäuser geschritten. Dies mag man auch gegenüber den Abzahlungsgeschäften thun. Eine Verringerung der Geschäftsspesen und die Begnügung mit einer mäßigen Capitalsverzinsung wird eine Preisherabsetzung ermöglichen, und durch eine Betriebsart, welche sich mehr mit der Individualität des einzelnen Käufers befaßt, wird sich auch die Risicoprämie wesentlich herabsetzen lassen.

VII.

Der Vorschlag, die Wuchergesetzgebung auf die Abzahlungsgeschäfte anzuwenden[35]) aber ist meines Erachtens in keinem Falle zu befürworten, denn es fehlen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Wuchermomente. Nach den Gesetzen des Deutschen Reiches ist des Wuchers schuldig:

> wer unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen für ein Darlehen oder im Falle der Stundung einer Geldforderung sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältniß zur Leistung stehen.

Zunächst würden meines Erachtens die Abzahlungsgeschäfte durch die beabsichtigte Ausdehnung des Wucherbegriffes gerade in ihren für das Volksleben wichtigsten Zweigen durchaus nicht getroffen werden. Der wesentlichste Grund für die Abschließung der Abzahlungsgeschäfte würde doch die Nothlage des Käufers sein. In diesem Falle aber sucht der Käufer das Abzahlungsgeschäft auf, nicht umgekehrt. In diesem Geschäfte findet er, was er will, und es werden ihm feste (oder nahezu feste) Preise abgefordert. Um seine Lage kümmert man sich nicht weiter, als daß man sich etwa durch Vorlegung eines Miethsvertrages nachweisen läßt, wo er wohnt. Vielleicht wird auch in diesem Hause über seinen Leumund nachgefragt. Im Uebrigen geht den Händler die Lage

---

[34]) Vgl. Mataja im Archiv für sociale Gesetzgebung und Statistik Bd. I (1888) S. 174.

[35]) Vgl. den Dove'schen Antrag oben S. 268, ebenso auch das Heck'sche Gutachten S. 163 und den österreichischen Gesetzentwurf § 7.

Digitized by Google

seines Käufers nichts an; er weiß nur, daß derselbe nicht baar zahlen kann; das ist dasselbe, als wie der Darlehnsgeber weiß, daß sein Schuldner Geld braucht. So wenig im letzteren Moment schon die Nothlage und deren Ausbeutung erblickt werden kann, so wenig kann dies in dem Anerbieten des Käufers, nur auf Raten kaufen zu wollen, geschehen. Das große Abzahlungsgeschäft, welches seine ein- für allemal festgesetzten Preise hat, die für Jedermann gleich sind, kommt demnach gar nicht in die Lage, daß man ihm gegenüber eine Feststellung der Ausbeutung der Nothlage wird treffen können. Denn dazu fehlt es an der genügenden Individualisirung des einzelnen Falles: die concrete Lage des Käufers kommt nicht zur Kenntniß des Verkäufers, und gerade auf die Würdigung dieses Umstandes kommt es beim Wucherbegriff an.[36]) Nur diejenigen Geschäfte würden darunter fallen, bei denen der Händler den Käufer in der Wohnung aufsucht, um ihm Dinge aufzureden, die er gar nicht oder nicht nöthig gebraucht, und sich dabei in Rücksicht auf die Abzahlung einen wucherlichen Preis auszubedingen, wobei dann nicht die Nothlage, sondern der Leichtsinn oder die Unerfahrenheit des Käufers ausgebeutet werden. Um dieser Fälle willen die Wuchergesetzgebung ins Werk zu setzen, während das Gros der wirthschaftlich wichtigsten Fälle davon unberührt bleibt, stände meines Erachtens mit dem Zweck der Maßregel außer jedem Verhältniß.

Aber auch das fernere Moment, die Maßlosigkeit des Vortheils, ist beim Abzahlungsgeschäft nicht faßbar. Zunächst die Ueberschreitung des üblichen Zinsfußes! Ich weiß nicht, wie sich die Antragsteller die Anwendung dieses Begriffes auf das Abzahlungsgeschäft denken. Beim Darlehen steht die Sache so: Gewöhnlich leiht man Geld für 5—6 pCt., wer mehr nimmt, überschreitet den üblichen Zinsfuß. Soll nun beim Abzahlungsgeschäft an Stelle des üblichen Zinsfußes der übliche Abzahlungspreis treten, also in der Art: Für eine Sache wird in den Abzahlungsgeschäften gewöhnlich 100 Mk. genommen; derjenige Händler, der mehr nimmt, überschreitet den üblichen Satz? Bei dieser Ermittelung wird wohl wenig herauskommen. Oder ist es so gemeint: Das Abzahlungsgeschäft setzt sich aus Kauf und Creditgewährung zusammen. Eine Sache also, deren Baarpreis 100 Mk. ist, würde im Abzahlungsverkehr eigentlich zu 100 Mk. und 6 pCt. Jahreszinsen zu verkaufen sein; wer diese Grenze überschreitet, der überschreitet den üblichen Zinsfuß, und wer dies in maßloser Weise thut, der ist des Wuchers schuldig? Bei dieser Berechnungsart

[36]) Vgl. Urth. d. Reichsgerichts v. 11. Juni 1881 (Entsch. in Strafsachen Bd. V S. 15 und v. 2. November 1881 (Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. III S. 680).

Digitized by Google

— die gemeint zu sein scheint — hat man sich die Sache doch wohl zu einfach gedacht. Beim Darlehen ist es ja verhältnißmäßig einfach: Es liegt ein einziges Moment vor, welches der Gläubiger über den gewöhnlichen Zinsfuß hinaus zu berücksichtigen hat, d. i. die Gefahr des Verlustes seines Geldes. Ob er nach dieser Richtung hin zu maßlos gegriffen hat, soll der Richter schätzen. Das mag in manchen Fällen kaum möglich sein (und dann wird der Geldgeber freigesprochen), aber es giebt doch eine Grenze (denn offenbar kann kein Geldgeber damit rechnen, daß ihm die Hälfte aller Forderungen verloren geht), und dann wird er wegen Wuchers verurtheilt. Wie complicirt steht dem gegenüber der Preisaufschlag des Abzahlungshändlers! Zunächst ist er gar nicht ausschließlich Risicoprämie. Große Geschäftsspesen, die der Abzahlungshändler über die des Baarhändlers hinaus hat, wie namentlich für das — vielfach erfolgende — Eincassiren der Raten und für die sonstige Ueberwachung der Entnehmer spielen dabei eine große Rolle. Aber auch das Risico selbst, wie complicirt! Der Verlust der Sache überhaupt, ihre Zurückerlangung in entwerthetem Zustande, die Verschiedenartigkeit der Abnutzung bei den verschiedenartigen Sachen, ein Interventionsproceß mit dem Hauswirth oder einem anderen Gläubiger, und was dergleichen mehr sind.[37]) Wo wäre der Richter zu finden, der das abzuschätzen sich getraute?

Aber die Ausdehnung der Wuchergesetzgebung auf den Abzahlungshandel, während man den Baarhandel, in welchem Uebertheuerungen der ärgsten Art doch auch vorkommen, von ihr verschont, ist auch nicht einmal gerecht. Man täuscht sich, wenn man meint, einen volksthümlichen Gedanken hiermit zu verwirklichen. Der Volksgedanke, der zu Grunde liegt, ist folgender: „Wer durch maßloses Profitnehmen die Waare ungebührlich vertheuert, handelt unreell.“ Meint man, diesen Gedanken, welcher den alten Gesetzen über die laesio enormis zu Grunde liegt, gesetzgeberisch verwirklichen zu können, so sollte der Gedanke des Gesetzgebers dahin gehen: „Wer einen maßlosen Ueberpreis nimmt, im Baarhandel maßlos über den gehörigen Baarpreis, im Abzahlungshandel über den gehörigen Abzahlungspreis, erleidet den und den Nachtheil.“ Aber dem Abzahlungshändler einen Preis zu verbieten, den man — wohlgemerkt,

---

[37]) Es darf auch nicht außer Betracht bleiben, daß es eine Grundlage des Abzahlungshandels bildet, daß die Raten doch unpünktlich gezahlt werden und daß der Verkäufer hiermit zufrieden ist. Während es dem Geldwucher charakteristisch ist, daß er die Unfähigkeit, am bestimmten Termine zu zahlen, zur Erpressung neuer Vortheile benutzt, ist im Abzahlungshandel, wie oben dargelegt, die weiteste Fristgewährung Geschäftspraxis. Es ist auch nicht einmal üblich, für unpünktlich gezahlte Raten die gesetzmäßigen Verzugszinsen zu fordern.

Digitized by Google

in ganz derselben Höhe — dem Baarhändler gestattet, verletzt die Principien der Rechtsgleichheit und stört damit die Rechtsordnung. Gesetzten Falles, der Staatsanwalt erhebt gegen A und B Anklage, weil jeder von ihnen für eine Sache im üblichen Verkaufspreis von 20 Mk. sich 40 Mk. hat geben lassen. Die Verhandlung aber ergiebt, daß nur A gegen Abzahlung, B dagegen gegen baar verkauft hat. Dann wird A, der sich für 20 Mk. Werth auf Abzahlung 40 Mk. hat versprechen lassen, wegen Wuchers verurtheilt, B aber, der den Käufer derart übertölpelt hat, daß er baare 40 Mk. sofort eingeheimst hat, wird freigesprochen. Was würde wohl der Volksmund zu solchem Juristenrecht sagen? Die bittere Satire: „Bei Gott und bei Gericht ist Alles möglich!" wir bekämen sie zum abertausendsten Male zu hören.

Ein Vorschlag über die Art der Anwendnng des Wucherbegriffes auf die Abzahlungsgeschäfte bedarf indessen seiner Eigenartigkeit wegen, und weil er die vorstehenden Fehler zu vermeiden sucht, noch besonderer Erörterung: es ist dies die Construction der Sache in dem Heck'schen Gutachten. Heck, welcher den Abzahlungsvertrag streng formalisiren will, verlangt, daß im Abzahlungsscheine sowohl der Baarpreis als der Abzahlungspreis (Ratenpreis) in bestimmter Summe angegeben werden muß, so daß der Händler selbst genau ersichtlich machen muß, wie hoch er sich die Creditgewährung bezahlen läßt. Dafür, daß diese Angaben richtig gemacht werden, sind zwei Cautelen geschaffen: der Verkäufer muß jederzeit den Erwerb gegen den von ihm gesetzten Baarpreis zulassen (er darf also den Baarpreis nicht zu niedrig setzen) und andererseits, wenn er zur Rücknahme der Sache schreitet, bildet die Differenz zwischen Baar- und Ratenpreis eine Grundlage für die Berechnung der ihm zu gewährenden Vergütung, so daß er auch diese Differenz nicht zu klein, also den Baarpreis nicht zu hoch setzen darf. Wenn der Händler z. B. den Baarpreis auf 100 Mk. festgesetzt, die Sache aber zu einem Ratenpreise von 150 Mk., zahlbar in 15 Monatsraten à 10 Mk., verkauft hat, so stellt die Differenz von 50 Mk. die Gebrauchsvergütung für 15 Monate dar, dies macht per Monat $3\frac{1}{3}$ Mk. Nimmt nun der Händler nach drei Monaten seine Sache wegen unpünktlicher Zahlung zurück, so erhält er die Gebrauchsvergütung mit $3 \times 3\frac{1}{3}$ Mk. $= 10$ Mk., außerdem aber die abzuschätzende Werthsverringerung der Sache. Würde der Händler, um reell zu erscheinen, den Baarpreis auf 140 Mk. und den Ratenpreis auf 150 Mk. setzen (so daß es den Anschein hat, daß der Creditaufschlag nur sehr gering ist), so würde er sich der Gefahr aussetzen, bei Rücknahme der Sache nach drei Monaten statt obiger 10 Mk. nur $3 \times \frac{2}{3}$ Mk. $= 2$ Mk. zu erhalten. In der That will Heck hierauf

Digitized by Google

auch die Wuchergesetzgebung gründen: der Abzahlungshändler soll dasselbe Recht haben, wie jeder Baarhändler, sich den Baarpreis zu setzen, so hoch er will; nur an dem Creditaufschlag, den er selbst in seinem Vertrage sich setzt, soll er gefaßt werden; nur wenn dieser sich als maßlose Zinsüberschreitung darstellt, trifft ihn die Wucherstrafe.[38])

Man kann dem Vorschlage das Zeugniß nicht versagen, daß er juristisch auf das Feinste durchdacht ist, aber er hat einen Fehler, an dem freilich ziemlich alle in Bezug auf die Abzahlungsgeschäfte gemachten Specialvorschläge leiden, in einem besonders hohen Maße. Er unterläßt es, die Probe auf die Praxis zu machen. Man kann freilich kein Prophet sein; aber eine bestimmt gestaltete und nöthigenfalls zahlenmäßige Vorstellung von den realen Folgen einer Maßregel muß man sich bei einer so eminent praktischen Frage bilden. Sonst liefert man nur einen Beleg dafür, wie schöne Theorieen man auf diesem Gebiete erfinden kann, und wie werthlos dieselben in der Praxis sein können.

Die Cautelen für richtige Bemessung des Baar- und Ratenpreises sind nämlich meines Erachtens hinfällig. Kein Abzahlungshändler lebt im Großen von den durch Rücknahme der Sachen aufgelösten Geschäften, sondern seine Existenz basirt auf denjenigen Geschäften, die sich durch Vollzahlung des Preises abwickeln. Was das Risico der Auflösung von Geschäften betrifft, so hat der Händler wesentlich nur dafür Sorge zu tragen, daß er hierbei nicht einen, sein Gesammtgeschäft erheblich gefährdenden Schaden leidet. Wenigstens ist er geschäftlich genügend gesichert, wenn er dies thut. Nun soll er nach Heck Baar- und Ratenpreis gesondert festsetzen, und dahinter steht ein so gewaltiger Factor, wie der Staatsanwalt, der ihn faßt, wenn er die Differenz zwischen beiden zu hoch angiebt. Er muß also auf das Eifrigste calculiren, wie dem zu entgehen ist. Nun setzen wir den Fall, der Händler mache einen Jahresumsatz von einer halben Million Mark; davon soll der zehnte Theil, also ein Objectswerth von 50 000 Mk. (doch wahrscheinlich ein sehr hoher Satz) durch Rücknahme der Sachen zur Auflösung gelangen. Weiter sei der Fall gesetzt, daß der Händler, wenn er den Creditaufschlag, wie er beabsichtigt, nur auf 10 pCt. des Baarpreises normirt, dadurch zu einem Schaden gelangt, der ein volles Drittel des Preises (d. i. doch wohl ganz enorm viel),[39]) also ca. 17 000 Mk. darstellt. Was folgt nun daraus

---

[38]) Vgl. in dem Heck'schen Gesetzentwurf die §§ 3, 10, 14, 16 (a. a. O. S. 190 ff.) und die Begründung zu § 3 (a. a. O. S. 164).

[39]) Es handelt sich natürlich nicht um den gesammten Schaden, den der Händler bei Rücknahme der Sache erleidet, und der, wie bereits erörtert, in vielen Fällen unvermeidlich ist, sondern um die Schadensdifferenz, die dadurch entsteht,

Digitized by Google

für den Calcül des Händlers? Daß die Versicherung des Geschäftes gegen „Staatsanwaltsgefahr" jährlich 17 000 Mk. kostet, und die Frage ist weiter: Kann das Geschäft diese Kosten tragen? Bei einem Umsatze von einer halben Million Mark würde ein Preisaufschlag von 3 1/3 pCt. diese Summe einbringen. Ein Geschäft, das mit so enormen Aufschlägen arbeitet, wird auch diesen Aufschlag noch ertragen können. Das Ergebniß ist also: Der Händler erscheint in seinen Verträgen außerordentlich reell; nur um 10 pCt. schlägt er gegen den Baarpreis auf, das wird sein „Geschäftsprincip" und prangt als Reclame in seinen Anzeigen, und die einzelnen kleinen Verluste, die er dadurch hat, erstattet ihm die Gesammtheit seiner Käufer. Genirt würde hierbei bloß derjenige Theil der Händler sein, welcher den Abzahlungshandel nur neben dem Baarhandel treibt, und der sich demnach in der peinlichen Lage sähe, Scheinpreise zu führen. Aber wie Jedem bekannt, ist gerade dieser Theil der Händler der moralisch bessere. Der eigentliche „Abzahlungsbazar" dagegen würde gar nicht getroffen. Also die Basirung der Wuchergesetzgebung darauf, daß der Händler Baar- und Ratenpreis selbst sich setzen soll, ist ein Schlag ins Wasser, und würde dem Gesetzgeber nur seine Ohnmacht offenbaren.

Endlich ist aber zu befürchten, daß eine Ausdehnung der Wuchergesetzgebung auf den Abzahlungshandel von verhängnißvollen Folgen gerade für die zu schützenden Consumenten sein würde. Sehen wir uns doch die Leute an, die heut zu Tage Geld über 6 pCt. verleihen. Obwohl man in vollster Sicherheit 8, 9 und noch mehr Procente nehmen kann, ohne dem Staatsanwalt zu verfallen, thut dies doch im Allgemeinen kein Geschäftsmann, der auf seine Ehre hält;[40]) solche Geschäfte überläßt man den dunklen Existenzen und überließ man ihnen übrigens auch in der Zeit der Zinsfreiheit, weil man diese Geschäfte für anrüchig hält. Der Personalcredit über den landesüblichen Zinsfuß hinaus ist deshalb durchweg in den Händen zweifelhafter Persönlichkeiten. Vom Abzahlungshandel läßt sich dies nur theilweise sagen. Bei zahlreichen unreellen Elementen hat er doch auch reelle Mitglieder unter sich, in oberster Reihe

daß der Baarpreis zu hoch angegeben wird. Dabei ist zu bedenken, daß der Händler neben der rechnerisch festzustellenden Gebrauchsvergütung in allen Fällen auch die abzuschätzende Werthsverringerung erhält und daß diese allein ihn schon in einem weiten Maße entschädigt.

[40]) Banquiergeschäfte, bei denen der Zinssatz in einem festen Aufschlag über den jeweiligen Bankdiscont besteht, und ähnliche Dinge können ihrer Eigenartigkeit wegen hier außer Betracht bleiben, ebenso die Geschäfte der Pfandleiher, welchen die gesetzlich festgelegte — wenn auch hohe — Zinstaxe eine moralische Unterlage gewährt.

Digitized by Google

in der Nähmaschinenbranche, aber auch in anderen Geschäftszweigen, und hier namentlich, wie oben erwähnt, unter solchen Kaufleuten, die regelmäßig auf baar verkaufen, aber ab und zu auch ein Abzahlungsgeschäft machen. Ein Geschäft, auf das man die Wuchergesetzgebung anwendet, muß aber diese Elemente nothwendig abschrecken. Mögen anständige Händler auch vor der Bestrafung gesichert sein, so sind sie es doch nicht vor der Verfolgung und nicht vor der Denunciation und den damit verbundenen Weiterungen. Vor Allem aber haben sie das Bewußtsein, einem Stande anzugehören, der sich wegen der Höhe seiner Geschäftsgewinne vor dem Strafrichter verantworten muß. Es ist deshalb auf das Dringendste zu befürchten, daß die Ausdehnung der Wuchergesetzgebung auf den Abzahlungshandel die besseren Elemente aus demselben verdrängen und diesen Handel denjenigen Elementen reserviren wird, welche gegenwärtig das Gewerbe der Geldausleihung zu höherem als dem üblichen Zinsfuß betreiben.

VIII.

Neben den Klagen über die hohen Preise der Abzahlungsgeschäfte stehen diejenigen über den häufigen Vertrieb unbrauchbarer Waaren. Die Klagen hierüber sind auch in den Processen so häufig, daß man an der Begründetheit wenigstens eines großen Theiles derselben nicht zu zweifeln vermag. Zur Beweisaufnahme kommt es freilich sehr selten, weil Händler wie Käufer lieber einem Vergleiche zuneigen. Der Schaden ist zweifellos auf das Eindringen unsolider Elemente in den Abzahlungshandel zurückzuführen. Er kommt übrigens auch im Baarhandel gar nicht wenig vor. Der Abzahlungshandel bietet indessen aus naheliegenden Gründen unreellen Elementen noch mehr Zuflucht, als der Baarhandel. Die Schwere des Mißstandes ist außer Zweifel. Er ist sogar für noch bedenklicher zu erachten, als derjenige der hohen Preise, weil bei letzteren der Käufer doch immer nur um die Differenz, hier aber manchmal um den ganzen Betrag geschädigt wird. Gleiwohl ist meines Erachtens die Abhülfe auch hier auf keinem anderen Gebiete zu suchen, als in den oben (S. 297 f.) dargelegten allgemeinen Zielen, die ärmere Bevölkerung von den zweifelhaften Geschäften unabhängig zu machen. Im Uebrigen müssen die bestehenden Gesetze über die Gewährleistung wegen Fehler der Sachen ausreichen. Es darf in dieser Beziehung als ein werthvoller Fingerzeig für die Rechtsprechung angesehen werden, wenn Hausmann[41]) darauf aufmerksam macht, daß bei allen denjenigen Geschäften, welche in Form

[41]) Die Veräußerung beweglichen Sachen gegen Ratenzahlung (Berlin 1891) S 8.

Digitized by Google

des Miethsvertrages abgeschlossen sind, die Gewährleistungsfrist erst von dem Zeitpunkte beginnt, mit dem der Eigenthumsbesitz des Käufers anfängt, d. h. mit der Vollzahlung aller Raten. Hierdurch wird der Käufer wenigstens bei dieser Form des Vertragsschlusses gegen den Nachtheil geschützt, daß er während der Dauer des Miethsvertrages und namentlich bei unpünktlicher Zahlung in zu großer Abhängigkeit vom Verkäufer ist, um mit der Rüge eines Mangels hervortreten zu können. In besonders schweren Fällen endlich wird übrigens der Verkäufer wegen Betruges zu fassen sein.

Von dem Vorschlage Heck-Strauß, einer sachgemäßen Uebertragung der Beschränkungen für die Pfandleihen auf das Abzahlungsgeschäft (s. o. S. 268) ist meines Erachtens Abstand zu nehmen. Von Maßregeln, welche einen Einfluß auf die Qualität der Waaren üben sollen, käme hier nur die Concessionspflicht in Frage, denn die Taxen und die polizeiliche Betriebsüberwachung lehnt Heck selbst ab. Nun kann man ganz absehen von der Schwierigkeit, den Kreis der concessionspflichtigen Geschäfte zu umgrenzen und von den Nachtheilen des Concessionswesens überhaupt. Denn es ist von der Concessionspflicht auch nicht der allergeringste Vortheil zu erwarten. Das denkbar günstigste Resultat wäre doch, daß es gelänge, den Stand der Abzahlungshändler auf das moralische Niveau des Standes der Pfandleiher zu erheben. Meines Erachtens ist aber eine bestehende Verschiedenheit dieses Niveaus zu verneinen und deshalb eine Besserung von dem Vorschlage gar nicht zu erwarten. Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß die Concessionirung auch für die Pfandleihe zu entbehren sei. Pfandleihe und Abzahlungsgeschäft gleichen sich — und darin geht meines Erachtens der Vorschlag grundsätzlich fehl — nur in einem äußerlichen Punkt, daß nämlich beide Creditgeschäfte machen. Im inneren Wesen sind sie grundverschieden. Im Pfandleihgeschäft ist alles Risico auf Seiten des Publicums, beim Abzahlungsgeschäft alles Risico auf Seiten des Händlers. Der Pfandleiher erhält eine fremde Sache, die er zu unterschlagen Macht hat. Der Abzahluugshändler giebt seine eigene Sache auf die gleiche Gefahr fort. Die Verschiedenheit der Stellung des Publicums rechtfertigt deshalb wohl eine Verschiedenheit in Ansehung der Zulassung zum Gewerbebetrieb.

IX.

Die bisher erörterten Mißstände sind die bei Weitem wesentlichsten. Die übrigen sind mehr oder weniger secundärer Natur. Klage geführt wird insbesondere über:

Digitized by Google

1. die Verleitung namentlich der niederen Volksclassen zu nutzlosen Anschaffungen;
2. das übermäßige Reclameweſen, namentlich die Zudringlichkeit und Unzuverläſſigkeit der Agenten der Abzahlungshändler;
3. die Bedrückung des Käufers durch anderweite harte Vertragsbedingungen außer der bereits erörterten Verfallclauſel. Als ſolche werden beſonders genannt:
   a) die Vereinbarung des Gerichtsſtandes des Verkäufers für entfernt wohnende Käufer,
   b) die Verpflichtung des Käufers zur Tragung der Koſten eines etwa entſtehenden Interventionsproceſſes,
   c) die Beſtimmung, daß Abreden mit dem Agenten oder Reiſenden neben dem ſchriftlichen Vertrage keine Geltung haben ſollen,
   d) der Verzicht auf Gewährleiſtung für Mängel der Sache,
   e) die Ausbedingung des Eintrittsrechtes des Verkäufers in die Wohnung des Käufers zwecks Fortnahme der Sachen im Wege der Selbſthülfe.

Endlich gehört hierher:

4. die Klage über die Schädigung des Mobiliarcredits durch die Geſtattung des Beſitzes von Sachen, die dem Beſitzer nicht gehören.

Mit dieſen Schäden befaſſen ſich faſt alle der bisher noch nicht erwähnten Anträge, insbeſondere diejenigen, welche eine Reform der Gewerbegeſetzgebung verlangen. Die Stellung, die dieſen Schäden gegenüber einzunehmen iſt, wird weſentlich abhängen von derjenigen, die man im Uebrigen zur Frage einer Sondergeſetzgebung gegen die Abzahlungsgeſchäfte einnimmt. Kommt es zu einem Specialgeſetz gegen letztere, ſo wird auch vom diesſeitigen Standpunkt aus nichts dagegen zu erinnern ſein, gegen einzelne der vorerwähnten Schäden dabei Cautelen zu treffen. Verneint man aber betreffs der großen und wichtigen Fragen, die bereits erörtert ſind, die Nützlichkeit eines Ausnahmegeſetzes, ſo werden die Schäden minderer Art nicht genügend ſein, um ein — nur unweſentliche Erfolge verſprechendes — Geſetz zu rechtfertigen. Von dieſem Geſichtspunkte aus ſeien zu den einzelnen Punkten die folgenden Bemerkungen geſtattet:

Der Verleitung des Publicums zu unnöthigen Anſchaffungen wollen die Anträge Herr und Wilke (ſ. o. S. 266, 268)

Digitized by Google

über die gegenständliche Bekämpfung des Abzahlungshandels entgegentreten. Der letztere ist anscheinend der weitergehende und will die Abzahlungsgeschäfte auf Gegenstände des gewerblichen und wirthschaftlichen Bedarfs beschränken, der Antrag Herr will Werthpapiere, Luxusgegenstände, Loose und andere Gewinnsthoffnungen vom Abzahlungshandel ausschließen. Es ist indessen kaum möglich, hier eine richtige Grenze zu ziehen. Der Antrag Wilke giebt augenscheinlich Mißverständnissen Raum. Ich würde ihn z. B. ganz anders verstehen, als der Antragsteller ihn motivirt hat. Wenn man die Gegenstände in der anliegenden Tabelle durchgeht, so würden meines Erachtens nur sehr wenige durch den Antrag ausgeschlossen werden. Bilder z. B. dienen, wenn sie zum Wandbehang bestimmt sind, doch gerade so gut dem wirthschaftlichen Bedarf, wie ein Sopha in der üblichen Form, in der es nicht zum Liegen, sondern nur zum Sitzen bestimmt ist und in welcher es nicht wegen einer Vermehrung der Sitzgelegenheit, sondern wegen des äußeren Ansehens gekauft wird. Und eine Taschenuhr mit einer Kette hört doch deshalb nicht auf, dem Wirthschaftsbedarf zu dienen, weil sie — zum Ueberfluß für diesen Zweck — von Gold hergestellt ist. Ja auch Romane und Conversationslexica dienen dem in der menschlichen Wirthschaftsordnung begründeten Bedürfnisse nach Lectüre und Belehrung. Nur absolute Schmucksachen, wie Ringe, wären ausgeschlossen. Der Antragsteller aber meint es ganz anders. Nach seinen Ausführungen hält er Oeldruckbilder, goldene Uhrketten und sogar Spiegel durch den Antrag für ausgeschlossen. Schon diese Divergenz der Meinungen spricht meines Erachtens gegen den Antrag. Es ist auch thatsächlich nicht durchführbar, wenn man das Abzahlungsgeschäft in seinen berechtigten wirthschaftlichen Functionen nicht stören will, den Kreis der auszuschließenden Gegenstände irgendwie erheblich einzuschränken. Auch der Ausdruck „Luxusgegenstände" im Antrag Herr dürfte hierzu nicht geeignet sein. Es darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, daß es mit eine Function des Abzahlungsgeschäftes ist, dem Käufer zu einer Hebung seiner Lebensführung zu verhelfen, d. h. ihm die Möglichkeit zu geben, sich eine bessere, als die nur nothdürftige Einrichtung anzuschaffen. Das vielfach genannte Beispiel des in Vermögensverfall gerathenen und ausgepfändeten Kaufmanns, der sich eine neue Existenz mit Hülfe des Abzahlungsgeschäftes gründet,[42]) muß durchaus beachtet werden. Ein solcher Mann muß eine Wohnungseinrichtung haben, die wenigstens bis zu einem gewissen Grade seinen bis-

[42]) Vgl. Hausmann a. a. O. S. 28 ff.

Digitized by Google

herigen Gewohnheiten entspricht. Ohne eine solche Umgebung kann er nicht denken, nicht Sammlung zur Arbeit gewinnen, und auch, was für ihn wesentlich ist, frühere Geschäftsfreunde nicht empfangen. Es ist deshalb ein nützliches Unternehmen, wenn diesem Mann durch Ueberlassung einer Einrichtung auf Abzahlung die Möglichkeit der Neuschaffung einer wirthschaftlichen Existenz gewährt wird. Eine Einrichtung von gedachter Art aber wird immer Stücke in sich bergen, die zu den Luxussachen gehören. Die Sorge für den armen Mann in allen Ehren! Aber der ruinirte Kaufmann ist auch ein armer Mann, und es haben nicht ausschließlich die Armen einer bestimmten Classe einen Anspruch auf gesetzlichen Schutz. Weil letztere unter Umständen zu unnöthigem Anschaffen von Luxussachen beredet werden, kann deshalb der Handel in solchen Sachen vom Abzahlungsverkehr nicht ausgeschlossen werden. Es blieben hiernach aus dem Herr'schen Antrage nur die Werthpapiere, Loose und sonstigen Gewinnsthoffnungen bestehen. Der Abzahlungsverkehr in diesen Stücken ist allerdings ohne jede wirthschaftliche Berechtigung, und ein bezügliches gesetzliches Verbot wäre an sich nicht zu beanstanden.

Der Antrag Dove (s. o. S. 268) will „einzelnen Mißständen auf dem Gebiete der Gewerbegesetzgebung entgegengetreten" wissen, was sowohl auf die Verleitung zu nutzlosen Anschaffungen als auf das Agentenwesen zu beziehen sein würde. Allein es fragt sich, was man darunter verstehen soll. Der Antragsteller hat in seiner Begründung nur auf die Ausdehnung der Legitimationskarten (Gewerbe-Ordnung § 44a), — welche gegenwärtig nur von Handlungsreisenden, die nach auswärts gehen, zu lösen sind, — auch auf die Stadtreisenden hingedeutet. Allein, so wenig schädlich eine solche Maßregel sein mag, so wenig ist doch irgend ein Nutzen von ihr abzusehen. Die Legitimationskarte darf gesetzlich nur versagt werden bei gewissen körperlichen Gebrechen, beim Vorliegen gewisser Vorbestrafungen und gegenüber Arbeitsscheuen, Bettlern, Landstreichern und Trunkenbolden. Es ist absolut nicht ersichtlich, daß durch die Ausdehnung einer solchen Maßregel den Abzahlungskäufern ein nennenswerther Vortheil zugewendet werden könnte.

Ueberhaupt kann nicht angenommen werden, daß mit geringfügigen Erschwerungen des Gewerbebetriebes, wie sie hier in Frage kommen, etwas erzielt werden könnte. Das Publicum muß vielmehr darauf hingewiesen werden, den Schutz gegen Aufdringlichkeit der Händler und Agenten wesentlich in sich selbst zu suchen, nicht sowohl deswegen, weil dieser Selbstschutz stets ausreichend sein wird, sondern wesentlich deshalb,

Digitized by Google

weil die Gesetzgebung machtlos ist, den Ueberredungskünsten der Menschen zu steuern.

Was die Bedrückung des Käufers durch harte Vertragsbestimmungen anlangt, so sind die einzelnen Beschwerden von verschiedenem Werthe. Die Gerichtsstandsclausel und die Abrede wegen der Kosten eines Interventionsprocesses sind keine besonders unbilligen Abreden. Die erstere Clausel kann allerdings hart wirken. Aber sicher geschieht dies beim Abzahlungshandel, der sich wenigstens überwiegend innerhalb der großen Städte selbst vollzieht, erheblich weniger als im Baarhandel, in dem Sachen von den Verkehrscentren aus häufig in die entferntesten Orte mit bezüglicher Abrede verschickt werden. Jedenfalls liegt gar kein Grund vor, hier für den Abzahlungshandel ein Sonderrecht zu schaffen, welches übrigens ganz illusorisch sein würde, wenn man nicht zugleich die Ausbedingung eines Erfüllungsortes verböte. Gerade dieser Clausel gegenüber ist übrigens der Arme durch die Existenz des Armenrechts im Processe mehr geschützt, als gegenüber einer andern. Bei der Clausel wegen der Interventionsprocesse aber ist zu bedenken, daß es besondere Verhältnisse des Käufers sind, durch welche die Kosten im einzelnen Falle verursacht werden. Diese Kosten mit einer zwingenden Gesetzesvorschrift auf den Verkäufer wälzen, heißt nichts anderes, als sie von dem einzelnen Käufer auf die Gesammtheit aller Käufer wälzen, denn der Verkäufer muß das Risico dieser Kosten ebenso behandeln, wie dasjenige sonstiger Geschäftsunkosten, d. h. sie auf den Preis der Waare schlagen.

Der Agentenclausel ist meines Erachtens auf Grund des bestehenden Rechts genügend entgegenzutreten. Hat nämlich der Agent mit dem Käufer eine Nebenabrede getroffen, die für die Entschließung des Käufers von wesentlichem Belang war (z. B. die manchmal vorkommende Abrede, daß die Ratenzahlungen ausfallen sollen, solange der Käufer keine Arbeit habe), und beruft sich der Verkäufer — zunächst abgesehen von einer besonderen Vertragsclausel — darauf, daß der Agent zu solcher Abrede nicht befugt gewesen sei, so kann er meines Erachtens damit nicht gehört werden. Denn er kann das Geschäft nur entweder so gelten lassen, wie es der Agent geschlossen hat, oder es gar nicht gelten lassen. Eine Befugniß, dasjenige von den Abreden zu genehmigen, was ihm gefällt, und das andere nicht, hat er nicht. Klagt er also aus dem Vertrage, so muß er auch die Nebenabrede gelten lassen. Ist nun im Vertrage selbst bestimmt, das mündliche Abreden überhaupt oder solche mit dem Agenten nicht gelten sollen, und hat der Agent trotzdem eine der-

Digitized by Google

artige Abrede getroffen, so liegt dies durchweg daran, daß der Käufer im Vertragsformular die Clausel wegen der Nebenabreden nicht gelesen hat. In diesem Falle aber hat ihn der Agent betrogen. Denn der Agent kennt seine Formulare ganz genau, er täuscht also den Käufer, wenn er mit diesem eine Abrede trifft und ihn hinterher ein Formular unterschreiben läßt, ohne ihn darüber aufzuklären, daß er hier etwas unterschreibt, was die erwähnte Abrede außer Kraft setzt. Der Vertrag ist deshalb für den Käufer wegen Betruges anfechtbar.

Zu dem ersterwähnten Ergebnisse, daß die mit dem Agenten getroffene Abrede neben dem schriftlichen Vertrage gilt, kann man übrigens im Gebiete des preußischen A.L.R. nur mit Hülfe der Regeln des Handelsrechts über die Formlosigkeit der Verträge gelangen. Nach preußischem A.L.R.[43]) würde nämlich sonst die Nebenabrede wegen Formmangels ungültig sein. Es ist dies ein Beleg dafür, daß der mehrfach gemachte Vorschlag, den Abzahlungsvertrag, sofern der Erwerber nicht ein Kaufmann ist, vom Handelsrechte auszunehmen,[44]) ein Irrweg ist, sofern er diese Normirung auf Grund des gegenwärtigen Rechtszustandes durch Specialgesetz in Aussicht nimmt. Im Gebiete des preußischen A.L.R. wenigstens wäre eine Schutzlosstellung des Käufers gegen die — gerade im Abzahlungshandel häufig vorkommenden — mündlichen Zusagen die Folge davon. Intendirt aber der Vorschlag nur eine Norm, die an die Seite des zukünftigen bürgerlichen Gesetzbuchs treten soll, so ist er für verfrüht zu erachten, solange als man das Verhältniß dieses Gesetzbuchs zum Handelsrecht noch nicht kennt.[45]) Damit erledigt sich

---

[43]) §§ 127 ff. Th. I Tit. 5.

[44]) So der Heck'sche Entwurf a. a. O. S. 190 § 6. Hausmann a. a. O. S. 84; derselbe in den Verhandlungen des 21. Juristentages Bd. III S. 84.

[45]) Bei Normirung dieses Verhältnisses wird unzweifelhaft erwogen werden müssen, welche fernere Bedeutung dem Art. 277, wonach das Handelsrecht auch dann Anwendung zu finden hat, wenn Geschäfte in Frage stehen, die nur auf einer Seite Handelsgeschäfte sind, zu lassen ist. Meines Erachtens soll die Lösung dahin getroffen werden, daß dieser Artikel aufgehoben und das Handelsrecht (vorbehaltlich einzelner Ausnahmen) auf die Bedeutung eines Sonderrechtes der Handeltreibenden unter einander beschränkt wird. Dem Handel ein Privilegium dahin zu geben, daß er die Nichtkaufleute unter sein Sonderrecht zwingen darf, ist ungerecht. Wenn die Vorschrift bisher gleichwohl leidlich ertragen worden ist, so liegt dies daran, daß das Handelsrecht in vielen Normen, z. B. Mündlichkeit und Auslegung der Verträge, Schadensersatz u. dgl. dem allgemeinen Verkehrsbedürfnisse besser dient, als die bezüglichen Normen der einzelnen Privatrechte. In dem Augenblick aber, wo wir ein bürgerliches Gesetzbuch mit den modernen Verhältnissen angepaßten allgemeinen Regeln schaffen, verliert die Norm des Art. 277 jede Berechtigung.

Digitized by Google

zugleich ein weiterer Antrag Herr (ſ. o. S. 268), wonach der Inhalt der Abzahlungsverträge unabhängig von der gewollten Vertragsform nach dem wahren Parteiwillen feſtgeſtellt werden ſoll. Da die Abzahlungsverträge, inſoweit ſie hier in Frage kommen, durchweg Handelsgeſchäfte ſind, ſo iſt der Antrag nach diesſeitiger Auffaſſung bereits beſtehendes Recht (Art. 278 H.G.B.). Die Controverſe, ob der in Form des Miethsvertrages abgeſchloſſene Vertrag etwa dennoch als Kaufvertrag angeſehen werden ſoll, löſt der Antrag doch nicht. Denn es fragt ſich eben, worin der „wahre Parteiwille" zu ſuchen iſt.

Was ſodann den Verzicht auf die Gewährleiſtung betrifft, ſo weiß ich nicht, ob dergleichen vorkommt.[46]) Geſchähe es, ſo würde es allerdings einen der ſtärkſten Mißbräuche der Vertragsfreiheit darſtellen, die denkbar ſind. Allein die Abhülfe ſoll man hier in den oben (S. 286) vorgeſchlagenen allgemeinen Billigkeitsgrundſätzen finden. Hat ein Händler einen Gegenſtand für den vollen Preis neuer Sachen oder gar noch mit erheblichem Aufſchlag verkauft und dabei dem Käufer eine Clauſel der erwähnten Art eingeſchmuggelt, ſo wird der Käufer, wenn es ſich um Kleinigkeiten handelt, dies allerdings tragen müſſen. Soll aber die Clauſel zum Schutze für offenbar unbrauchbare Sachen dienen, z. B. für eine Uhr, die nicht ordentlich geht, oder für eine Nähmaſchine, die nicht functionirt, ſo würde die Berufung auf die Clauſel eine harte und ungerechte Bedrückung des anderen Theiles enthalten, welcher — und zwar nicht nur für den Abzahlungs-, ſondern ebenſo für den Baarhandel — entgegenzuwirken der diesſeits vorgeſchlagene allgemeine Rechtsſatz beſtimmt iſt.

Die Selbſthülfeclauſel endlich anlangend, ſo ſcheint es allerdings, daß die Rechtſprechung überwiegend dieſe Clauſel für derart vollgültig anſieht, daß ſie den Verkäufer auch dann gegen die Strafe des Hausfriedensbruchs ſichert, wenn bei ſeinem Eintritt der Käufer die Erlaubniß zurückzieht.[47]) Es läßt ſich nicht leugnen, daß danach mit der Ausbedingung der Selbſthülfe ein erheblicher Mißbrauch und namentlich eine Einſchüchterung mancher Käufer bewirkt werden kann, und daß ein rechtliches Bedürfniß für dieſelbe — welche allerdings wohl zu unterſcheiden iſt von der bloßen Befugniß, die Räume zu betreten, um ſich

[46]) Die bei Hausmann a. a. O. S. 95 ff. mitgetheilten Vertragsformulare enthalten eine ſolche Clauſel nicht.

[47]) Vgl. Rüdorff-Stenglein, Strafgeſetzbuch für das Deutſche Reich zu § 123 Anm. 7 (4. Aufl. 1892).

Digitized by Google

vom Zustande der Sachen zu überzeugen — nicht vorliegt. Ein Verbot derselben würde deshalb meines Erachtens erheblichen Bedenken nicht unterliegen.

Nach Vorstehendem erscheint es indessen nicht erforderlich, eine Formalisirung des Abzahlungsscheines anzuordnen, d. h. gesetzlich vorzuschreiben, welche Clauseln derselbe enthalten dürfe und welche nicht.[48])

Verschieden von allen bisher erörterten Mißständen ist derjenige, auf welchen die Anträge Dove wegen des Mobiliarpfandrechts und Herr wegen der zeichenmäßigen Erkennbarmachung des Eigenthumsvorbehalts (s. o. S. 266, 267) sich beziehen.[49]) Bisher hat es sich überall um den Schutz des Käufers gehandelt. Hier soll indessen ein Schutz für diejenigen gesucht werden, welche dem Käufer auf seine Wohnungs- oder Geschäftseinrichtung hin Credit geben und hinterher erfahren müssen, daß die Einrichtung ihm nicht gehört. Den gestellten Anträgen ist indessen meines Erachtens nicht beizustimmen. Der Personalgläubiger mag sich vorsehen, woraufhin er Credit giebt. Mit der Möglichkeit, daß Jemand Stücke besitzt, die ihm nicht gehören, muß er rechnen und mag sich danach einrichten. Man schützt allerdings in weitem Umfange den öffentlichen Glauben bei Erwerbung dinglicher Rechte. Ein solcher Schutz wird deshalb mit Recht zu beanspruchen sein, wenn der Abzahlungskäufer betrüglicher Weise die entnommene Sache an einen gutgläubigen Dritten verpfänden und ihm gehörig zum Pfandbesitz übergeben sollte. Allein es berührt seltsam, wenn Jemand, der keinen dinglichen, sondern nur persönlichen Credit bewilligt, hinterher beansprucht, daß er gleichwohl so geschützt werde, als ob er sich ein Faustpfand an der Sache hätte bestellen lassen. Am meisten scheinen freilich die hier einschlägigen Beschwerden von Hausbesitzern wegen ihrer Miethsforderungen erhoben zu werden. Diesen hat eine — im capitalistischen Sinne arbeitende — Gesetzgebung ein Pfandrecht an den Sachen des Miethers eingeräumt. Dieses gewaltige Privilegium sind die Hausbesitzer jetzt gewohnt, als ein reines jus divinum anzusehen, und glauben sich vergewaltigt, wenn der Miether einmal Gegenstände besitzt, an die sie nicht heran können. Die Sache liegt aber gerade umgekehrt: In den übrigen Fällen bedienen sich die Hausbesitzer eines exorbitanten Privilegiums, und wenn die Gegenstände einem Dritten gehören, dann tritt der Normalfall ein: Der Hausbesitzer steht so da, wie jeder andere Gläubiger.

---

[48]) So der Heck'sche Entwurf §§ 10—12 (a. a. O. S. 191).

[49]) Ebenso der Heck'sche Entwurf § 7.

Digitized by Google

Würde übrigens bei dieser Frage nur der Abzahlungshändler und der Drittgläubiger betheiligt sein, so ließe sich über die Sache noch eher reden. Allein der wesentlich Mitbetheiligte ist der Käufer, welchem zugemuthet wird, seine Sache mit einem Pfandzeichen versehen zu lassen, damit Jeder, der seine Stube betritt, sieht, daß die Sachen nicht dem Bewohner, sondern dem Abzahlungshändler gehören. Und diese Herabwürdigung soll man der Armuth anthun? Es ist ja freilich richtig, daß der bestehende Zustand zum Theil absichtlich zu Unredlichkeiten benutzt wird, indem sich Leute durch elegante Einrichtungen den Schein der Wohlhabenheit geben und daraufhin Schulden machen, um hinterher dem Gläubiger das Nachsehen zu lassen. Allein wenn der Satz: „jura vigilantibus scripta sunt“ auch nicht gerade zu den Perlen der Rechtssprüchwörter zu rechnen ist, immer bleibt es noch weniger ungerecht, denjenigen, der Credit giebt, auf die gehörige Vorsicht zu verweisen, als die Armuth einer solchen Demüthigung zu unterwerfen, wie sie in der obligatorischen Anbringung von Pfandzeichen liegen würde.

Ein Verbot der Selbsthülfe und ein Verbot des Abzahlungshandels in Loosen und Werthpapieren würden demnach die einzigen Punkte sein, in welchen eine Sondergesetzgebung gerechtfertigt erscheint. Es erhellt indessen von selbst, daß ein Erfolg solcher Gesetzgebung zu unbedeutend sein und namentlich die wesentlichen Schäden gar nicht treffen würde, so daß eine directe Gesetzgebung bloß dieser beiden Punkte willen füglich nicht in Frage kommen kann.

X.

Die Ergebnisse der vorstehenden Erörterungen seien dahin zusammengefaßt:

1. Als die wesentlichsten Mißbräuche der Abzahlungsgeschäfte sind anzusehen: die Verfallclausel in den Abzahlungsverträgen, die hohen Waarenpreise und der häufige Vertrieb schlechter Waaren.
2. Die Verfallclausel und deren Ausbeutung ist keine Eigenthümlichkeit der Abzahlungsgeschäfte, sondern nur eine Seite des weit verbreiteten Mißbrauches, durch formularmäßige Verträge, die im einseitigen Interesse des einen Theiles gearbeitet sind, den anderen Theil zu bedrücken. Diesem Mißbrauch ist entgegenzuwirken durch Einführung größerer Berücksichtigung der Billigkeit innerhalb des allgemeinen Vertragsrechtes im Sinne des oben S. 286 formulirten Vorschlages.

Digitized by Google

3. Gegen die hohen Preise und die mangelhaften Waaren der Abzahlungsgeschäfte läßt sich von directem gesetzgeberischen Einschreiten, namentlich auf dem Gebiete der Justizgesetzgebung, kein Erfolg erwarten. Die Abhülfe ist zu suchen in einer allgemeinen Richtung der socialen Gesetzgebung, welche die ärmeren Classen kaufkräftiger gestaltet und dadurch von den Abzahlungsgeschäften unabhängiger stellt. Außerdem ist die Errichtung gemeinnütziger Abzahlungsgeschäfte anzustreben.
4. Eine Ausnahmegesetzgebung über den Abzahlungshandel ist nicht zu empfehlen.

Digitized by Google

Statistik

der

Prozesse aus Abzahlungsgeschäften bei einer Abtheilung des Amtsgerichts I zu Berlin für zwei Monate.[1])

---

[1]) In den einzelnen Spalten bedeutet ein senkrechter Strich die Bejahung, ein wagerechter Strich die Verneinung der gestellten Frage.

Digitized by Google

1. Laufende Nr.	2. Der Beklagte wohnt a. in Berlin	2. Der Beklagte wohnt b. außerhalb	3. Gegenstand des Vertrages.	4. Preis in Mark	5. Anzahlung in Mark	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark a. pro Woche	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark b. pro Monat.	7. Wie viel Raten waren bei Einreichung der Klage im Ganzen gezahlt?	8. Nach welcher Zeit seit dem Vertragsschlusse bez. seit dem Tage, wo die Ratenzahlungen beginnen sollten, ist geklagt worden?
									a. Octobe
1.	1	—	Bilder und Romane	15	1,50	0,10	—	45	78 Wochen
2.	1	—	Damenuhr	60	5	1	—	36–37	66 Wochen
3.	1	—	Regulator	42	3	1	—	4	13 Wochen
4.	1	—	Damenmantel	22	3	1	—	8—9	76 Wochen
5.	1	—	6 Deckbetten u. 12 Kopfkissen	160	20	—	15	4—5	12 Monate
6.	1	—	Nähmaschine	109	8	3	—	29—30	3 Jahre 10 Monate
7.	1	—	Sopha u. Sophatisch	98	20	—	20	3—4	14 Mon
8.	—	Spandau	Sopha, Spind u. Tischdecke	80	0	3	—	6—7	82 Wochen
9.	1	—	a. Spind, Kommode, 2 Stühle b. Sopha u. Küchenspind	a. 107 b. 105	a. 30 b. 17	—	a. 15 b. 15	? ?	3¼ Jahr bez. 1¼ Jahr
10.	1	—	Regulator	39	3	1	—	10—11	48 Wochen
11.	1	—	a. diverse Möbel (236 M.) u. Betten (60 M.) b. Sopha	a. 296 b. 75	0 0	a. 3 b. 1	— —	40	82 Wochen bez. 80 Wochen
12.	1	—	Kinderwagen	39,50	9,50	—	6	4—5	19 Monat
13.	1	—	goldene Taschenuhr	160	16	2,50	—	51—52	117 Woch
Uebertrag der Fälle	12	1							

[1]) In Sp. 10 zu b und c sind auch die Fälle gezählt, in welchen die Form des Klageantrages dahin gewählt war: „zu zahlen und im Unvermögensfalle ... herauszugeben".

Digitized by Google

9. Die gesammten Zahlungen des Erwerbers haben betragen in Mark und zwar:				10. Der Klageantrag war gerichtet				11. Die Sache ist erledigt worden					12.	13.
a. bis zu 1/4 des Preises.	b. über 1/4 bis incl. 1/2 des Preises.	c. über 1/2 bis incl. 3/4 des Preises.	d. über 3/4 des Preises.	a. unbedingt auf Herausgabe der Sache.	b. wahlweise auf Herausgabe der Sache oder Zahlung der rückständigen Raten.[2])	c. wahlweise auf Herausgabe oder Zahlung aller auch der noch nicht fälligen Raten.[2])	d. lediglich auf Geldzahlung.	a. durch Verkäumnißurtheil.	b. durch Anerkenntniß.	c. durch anderes Endurtheil.	d. durch Vergleich mit Fortzahlung von Raten.	e. ohne vollstreckbaren Titel.	Im Falle der Sp. 11 zu a—d wie viel gerichtliche u. außergerichtliche Kosten hat Kläger vorschießen müssen.[2]) M.	Bemerkungen
1890.														
—	6	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	
—	—	41,50	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	2,15	
7	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	
—	—	11,50	—	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	Die Klage ist wegen eines Zahlungseinwandes bis auf 2 Mk. abgewiesen worden.
—	—	90	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	—	—	96	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	—	—	92	—	1	—	—	1	—	—	—	—	9,40	
20	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	—	135	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	5,75	
—	13,50	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	160	—	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	4,05	
—	—	—	36,50	—	1	—	—	1	—	—	—	—	2,15	
—	—	—	145	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
2	3	4	4	—	9	2	2	4	—	1	1	7		

[2]) Die erheblichen Differenzen in Spalte 12 rühren daher, daß einzelne Processe durch Rechtsanwälte geführt worden sind. Der größere Theil der Abzahlungshändler führt die Processe persönlich oder durch einen Geschäfts-Angestellten.

Digitized by Google

1. Laufende Nr.	2. Der Beklagte wohnt a. in Berlin	2. Der Beklagte wohnt b. außerhalb	3. Gegenstand des Vertrages.	4. Preis in Mark	5. Anzahlung in Mark	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark a. pro Woche	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark b. pro Monat.	7. Wie viel Raten waren bei Einreichung der Klage im Ganzen gezahlt?	8. Nach welcher Zeit seit dem Vertragsschlusse bez. seit dem Tage, wo die Ratenzahlungen beginnen sollten, ist geklagt worden?
Uebertrag der Fälle	12	1							
14.	1	—	a. diverse Möbel b. Anzug	a. 178 b. 42 220	—	5	—	35	107 Wochen bez. 53 Wochen
15.	1	—	Pianino	440	15	—	15	12	18 Monate
16.	—	Roßberg bei Beuthen O./S.	silberne Taschenuhr	45	4	—	4	0	9 Monate
17.	1	—	diverse Möbel	362	30	—	10	4—5	15 Monate
18.	1	—	silberne Taschenuhr	63	7	1,50	—	23	41 Wochen
19.	1	—	Broche und Ohrringe	42	2	1	—	35	151 Wochen
20.	1	—	diverse Möbel	?	?	?	?	?	?
21.	1	—	2 Ringe (28 M.) u. 1 Kette (21 M.)	49	0	1	—	19	45 Wochen
22.	1	—	Federbett	60	10	3	—	2—3	83 Wochen
23.	1	—	Taschenuhr	40	10	—	6	weniger als eine volle Rate	6 Monate
Summe der Fälle	21	2							
									b. Mä
24.	—	Wittstock	Nähmaschine	160	15	—	6	14—15	4 Jahre
25.	1	—	Conversationslexikon	50	0	—	3	1	4 Monate
26.	1	—	Möbel	220,50	30	3	—	18—19	52 bez. 42 Wochen
Uebertrag der Fälle	2	1							

Digitized by Google

9. Die gesammten Zahlungen des Erwerbers haben betragen in Mark und zwar:				10. Der Klageantrag war gerichtet				11. Die Sache ist erledigt worden					12.	13.
a. bis zu ¼ des Preises.	b. über ¼ bis incl. ½ des Preises.	c. über ½ bis incl. ¾ des Preises.	d. über ¾ des Preises.	a. unbedingt auf Herausgabe der Sache.	b. wahlweise auf Herausgabe der Sache oder Zahlung der rückständigen Raten.	c. wahlweise auf Herausgabe oder Zahlung aller, auch der noch nicht fälligen Raten.	d. lediglich auf Geldzahlung.	a. durch Versäumnißurtheil.	b. durch Anerkenntniß.	c. durch anderes Endurtheil.	d. durch Vergleich mit Fortzahlung von Raten.	e. ohne vollstreckbaren Titel.	Im Falle der Sp. 11 a—d wie viel gerichtliche u. außergerichtliche Kosten hat Kläger vorschießen müssen. M.	Bemerkungen
2	3	4	4	—	9	2	2	4	—	1	1	7		
—	—	—	175	—	1	—	—	1	—	—	—	—	3,55	
—	180	—	—	—	—	—	1	1	—	—	—	—	17,90	
4	—	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	8,80	
76	—	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	17,40	
—	—	41,50	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	3,55	
—	—	—	37	—	1	—	—	1	—	—	—	—	2,80	
?	?	?	?	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	19	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	
—	17	—	—	—	1	—	—	—	1	—	—	—	1,20	
—	15	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	3,15	
4	7	5	6	—	16	4	3	11	1	1	1	9		
891.														
—	—	102	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	3,85	
3	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	
—	84,50	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	8,65	Zu Sp. 8: Es lagen zwei Verträge vor.
1	1	1	—	—	1	2	—	2	—	—	—	1		

Digitized by Google

1.	2.		3.	4.	5.	6.		7.	8.
Laufende Nr.	Der Beklagte wohnt		Gegenstand des Vertrages.	Preis in Mark	Anzahlung in Mark	Bedungene Ratenzahlung in Mark		Wie viel Raten waren bei Einreichung der Klage im Ganzen gezahlt?	Nach welcher Zeit seit dem Vertragsschlusse bez. seit dem Tage, wo die Ratenzahlungen beginnen sollten, ist geklagt worden?
	a. in Berlin	b. außerhalb				a. pro Woche	b. pro Monat.		
Uebertrag der Fälle	2	1							
27.	1	—	Taschenuhr	36	3	1	—	3	11 Woche
28.	1	—	Bilder	12,50	?	?	?	?	4 Monate
29.	1	—	a. Deckbett b. Bettfedern	a. 33 b. 16	a. 1,50 b. 0	1 1	— —	? ?	3¼ Jahr bez. 2¼ Jal
30.	1	—	Nähmaschine	100	5	—	4	10—11	19 Monat
31.	—	Cöthen	Taschenuhr	36	3	—	3	5	19 Monat
32.	1	—	Betten	51	0	1,50	—	16	52 Woche
33.	1	—	a. Kleiderspind b. Ausziehtisch	a. 66 b. 27	0 0	a. 3 b. 3	— —	? ?	1 Jahr be 11 Monat
34.	1	—	Regulator und Teppich	118	7	—	4	9—10	?
35.	1	—	Kleiderspind	65	0	2	—	5	18 Woche
36.	1	—	1 Stand Betten	75	0	2	—	11—12	42 Woche
37.	1	—	Goldene Taschenuhr	60	0	—	5	2	2 Monat
38.	1	—	Ring und Ohrringe	19	1	0,50	—	3	48 Woche
39.	1	—	Anzug	56	6	1,50	—	0	12 Woche
40.	1	—	Regulator	36	3	0,50	—	24	46 Woche
41.	1	—	Regulator	46	0	1	—	12	46 Woche oder mel
Uebertrag der Fälle	16	2							

Digitized by Google

9. Die gesammten Zahlungen des Erwerbers haben betragen in Mark und zwar:				10. Der Klageantrag war gerichtet				11. Die Sache ist erledigt worden					12.	13.
a. bis zu ¼ des Preises.	b. über ¼ bis incl. ½ des Preises.	c. über ½ bis incl. ¾ des Preises.	d. über ¾ des Preises.	a. unbedingt auf Herausgabe der Sache.	b. wahlweise auf Herausgabe der Sache oder Zahlung der rückständigen Raten.	c. wahlweise auf Herausgabe oder Zahlung aller, auch der noch nicht fälligen Raten.	d. lediglich auf Geldzahlung.	a. durch Versäumnißurtheil.	b. durch Anerkenntniß.	c. durch anderes Endurtheil.	d. durch Vergleich mit Fortzahlung von Raten.	e. ohne vollstreckbaren Titel.	Im Falle der Sp. 11 zu a—d wie viel gerichtliche u. außergerichtliche Kosten hat Kläger vorschießen müssen. M.	Bemerkungen
1	1	1	—	—	1	2	—	2	—	—	—	1		
6	—	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	3,55	
3	—	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	2,15	
—	—	29	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	1,05	
—	46	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	2,30	
—	18	—	—	1	—	—	—	1	—	—	—	—	4,30	
—	24	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	57	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	1,55	Im Vergleich ist außerdem ein Theil der Sache dem Erwerber definitiv belassen worden.
—	46	—	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	2,75	
10	—	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	3,55	
—	22,50	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	1,15	Im Vergleich ist zugleich ein Preisnachlaß von 15,50 M. gewährt worden.
10	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
50	—	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	2,15	
6	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	1,50	
—	15	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	3,55	
—	12	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	1,95	
7	9	2	—	1	9	8	—	8	—	—	7	3		

Digitized by Google

1. Laufende Nr.	2. Der Beklagte wohnt a. in Berlin	2. Der Beklagte wohnt b. außerhalb	3. Gegenstand des Vertrages.	4. Preis in Mark	5. Anzahlung in Mark	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark a. pro Woche	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark b. pro Monat.	7. Wie viel Raten waren bei Einreichung der Klage im Ganzen gezahlt?	8. Nach welcher Zeit seit dem Vertrage die Ratenzahlungen begonnen sollten, ist geklagt worden?
Uebertrag der Fälle	16	2							
42.	—	Oranienburg bei Berlin	Nähmaschine	100	5	—	5	11—12	17 Mona
43.	—	Hoppegarten bei Berlin	Nähmaschine	135	6	—	6	18—19	3¼ Jah
44.	—	Rheine in Westphalen	silberne Taschenuhr	36	0	—	3	2	18 Mona
45.	1	—	Wäsche	19,35	2	1	—	0	2 Jahr 10 Mon
46.	1	—	Inlettenbezug	19,80	2	1	—	5	67 Woch
47.	1	—	Taschenuhr	35	3	0,50	—	27	58 Woch
48.	1	—	Betten	43,50	15	—	6	?	9 Mona
49.	1	—	Teppiche, Decken u. dgl.	438	30	—	30	6—7	18 Mon
50.	1	—	Damenuhr	60	6	1	—	25	84 Woch
51.	1	—	Bilder und Romane	12	1	0,10	—	19	66 Woch
52.	1	—	dgl.	15	1,50	0,10	—	91	108 Woc
53.	1	—	dgl.	15	1,50	0,10	—	44	103 Woc
54.	1	—	dgl.	12	1	0,10	—	2	17 Woch
55.	1	—	dgl.	15	1,50	0,10	—	88	108 Wo
56.	1	—	dgl.	12	1	0,10	—	21	35 Woc
Uebertrag der Fälle	28	5							

Digitized by Google

9. Die gesammten Zahlungen des Erwerbers haben betragen in Mark und zwar:				10. Der Klageantrag war gerichtet				11. Die Sache ist erledigt worden					12.	13.
a. bis zu ¼ des Preises.	b. über ¼ bis incl. ½ des Preises.	c. über ½ bis incl. ¾ des Preises.	d. über ¾ des Preises.	a. unbedingt auf Herausgabe der Sache.	b. wahlweise auf Herausgabe der Sache oder Zahlung der rückständigen Raten.	c. wahlweise auf Herausgabe oder Zahlung aller, auch der noch nicht fälligen Raten.	d. lediglich auf Geldzahlung.	a. durch Versäumnißurtheil.	b. durch Anerkenntniß.	c. durch anderes Endurtheil.	d. durch Vergleich mit Fortzahlung von Raten.	e. ohne vollstreckbaren Titel.	Im Falle der Sp. 11 zu a—d wie viel gerichtliche u. außergerichtliche Kosten hat Kläger vorschießen müssen. M.	Bemerkungen
—	9	2	—	1	9	8	—	8	—	—	7	3		
—	—	64	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	—	—	119,30	—	1	—	—	1	—	—	—	—	2,15	
6	—	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	11,15	
2	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	—	—	—	—	—	—	1	1	—	—	—	—	2,15	
—	16,50	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	2,15	
—	—	—	33–37	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	
—	211	—	—	—	—	—	1	1	—	—	—	—	33,72	
—	—	31	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	3,55	
2,90	—	—	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	1,45	
—	—	10,60	—	—	—	—	1	1	—	—	—	—	1,75	
—	5,90	—	—	—	—	—	1	—	—	—	1	—	1,05	
1,20	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	Die Unterschrift unter dem Vertrage ist abgeschworen worden.
—	—	10,30	—	—	—	—	1	1	—	—	—	—	2,15	
—	3,10	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	
12	13	6	2	1	15	9	8	16	1	—	8	8		

Digitized by Google

1. Laufende Nr.	2. Der Beklagte wohnt a. in Berlin	2. Der Beklagte wohnt b. außerhalb	3. Gegenstand des Vertrages.	4. Preis in Mark	5. Anzahlung in Mark	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark a. pro Woche	6. Bedungene Ratenzahlung in Mark b. pro Monat.	7. Wie viel Raten waren bei Einreichung der Klage im Ganzen gezahlt?	8. Nach welcher Zeit seit dem Vertragsschluß bez. seit dem Tage, wo die Ratenzahlungen beginnen sollten, ist geklagt worden?
Uebertrag der Fälle	28	5							
57.	1	—	Bilder und Romane	12	1	0,10	—	75	71 Woche
58.	1	—	dgl.	15	1,50	0,10	—	122	122 Woch
59.	1	—	Bettzeug, Gardinen, Teppich	26,50	?	?	?	?	3 Monat
60.	—	Beuthen O./S.	Nähmaschine	150	30	15 Mark pro Quartal		0	8 Monat
61.	1	—	dgl.	135	6	2	—	7	25 Woche
62.	1	—	dgl.	135	15	2	—	9—10	51 Woche
Summe	33	6							
Dazu Summe October 1880	21	2							
Gesammtsumme	54	8							

Digitized by Google

9. Die gesammten Zahlungen des Erwerbers haben betragen in Mark und zwar:				10. Der Klageantrag war gerichtet				11. Die Sache ist erledigt worden					12.	13.
a. bis zu 1/4 des Preises.	b. über 1/4 bis incl. 1/2 des Preises.	c. über 1/2 bis incl. 3/4 des Preises.	d. über 3/4 des Preises.	a. unbedingt auf Herausgabe der Sache.	b. wahlweise auf Herausgabe der Sache oder Zahlung der rückständigen Raten.	c. wahlweise auf Herausgabe oder Zahlung aller, auch der noch nicht fälligen Raten.	d. lediglich auf Geldzahlung.	a. durch Versäumnißurtheil.	b. durch Anerkenntniß.	c. durch anderes Endurtheil.	d. durch Vergleich mit Fortzahlung von Raten.	e. ohne vollstreckbaren Titel.	Im Falle der Sp. 11 zu a—d wie viel gerichtliche u. außergerichtliche Kosten hat Kläger vorschießen müssen. M.	Bemerkungen
12	13	6	2	1	15	9	8	16	1	—	8	8		
												1	—	Es handelt sich um eine augenscheinlich irrthümlich erhobene Klage, die der Kläger nicht weiter verfolgt hat.
—	—	—	13,20	—	—	—	1	1	—	—	—	—	2,15	
—	10	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	
30	—	—	—	1	—	—	—	1	—	—	—	—	27	
20	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	1,55	
—	34	—	—	—	1	—	—	—	—	1	—	—	?	
14	15	6	3	2	17	9	10	18	1	1	9	10		
4	7	5	6	—	16	4	3	11	1	1	1	9		
18	22	11	9	2	33	13	13	29	2	2	10	19		

Digitized by Google

VIII.

Gutachten des Herrn Landrichter Dove zu Frankfurt a. M.

über die Frage:

Empfiehlt es sich, im Gegensatz zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs den Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge in Bezug auf gewisse Verträge, z. B. die Bürgschaft, einzuschränken?

I. Die Form.

Der Entwurf bestimmt in § 91:

> Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur dann erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist.

Damit ist der Grundsatz der Formfreiheit principiell anerkannt. In der Kritik hat das fast allenthalben Zustimmung gefunden. Nur Klöppel[1]) empfiehlt dem gegenüber das System des preußischen Rechts, nach welchem die gleiche Regel durch die Zahl und Bedeutung der Ausnahmen in ihr Gegentheil verkehrt wird. Auch für uns kann es sich nur darum handeln, das Maß dieser Ausnahmen zu bestimmen. Denn selbst die beredteste Apologie des Formalismus, das farbenprächtige Bild, welches Ihering in seinem „Geist des römischen Rechts“[2]) von ihm entwirft, kann und soll ihn doch nur als historische Erscheinung rechtfertigen. Für uns gilt das Wort Gierke's[3]): „... ein auf künstliche

---

[1]) In Rassow-Küntzel: „Beiträge ꝛc.“ Bd. 32 S. 638 ff.

[2]) Th. II Abth. 2 (2. Auflage) S. 455 ff.

[3]) Der Entwurf eines bürg. Ges. ꝛc. S. 165. Vgl. auch Zitelmann in Bekker u. Fischer: „Beiträge“ Th. I S. 152.

Digitized by Google

Weise neu geschaffenes Formenwesen läßt sich dem Verkehr nicht ohne Gewaltsamkeit aufzwingen." Und mehr als irgendwo anders trifft das zu im Gebiete des Obligationenrechts, welches ja besonders dem Verkehr zu dienen bestimmt ist.

Aber wenn wir nun die Verträge uns darauf ansehen, ob sie zweckmäßig der allgemeinen Regel unterstellt oder den Ausnahmen zugewiesen werden, so können wir doch nicht umhin, die generelle Frage zu prüfen: Was kann der Formalismus leisten? Kann er das Bedürfniß befriedigen, welches bei dem einzelnen Vertrage sich ergiebt? Und auf der anderen Seite: Wie groß ist das Opfer, welches in der Anordnung der Form gebracht wird, welche Nachtheile sind mit ihr verbunden?

Vortheile und Nachtheile der Form entstammen ein und derselben Function: sie bindet. Damit ist zunächst der große Vorzug gegeben, daß nun für die Außenwelt feststeht, daß ein und welches Rechtsgeschäft geschlossen ist. Letzteres freilich nur dann, wenn die Form individuell, dem betreffenden Rechtsgeschäft charakteristisch ist. Handelt es sich um die häufigste Formalität, die Schriftlichkeit, so bleiben immer noch, mitunter sogar in verstärktem Maße, alle jene Zweifel bestehen, die aus dem Mangel der Ausdrucksfähigkeit entspringen: wer nicht verständlich sprechen kann, kann noch weniger verständlich schreiben. Kann gar der Eine schreiben, der Andere aber nicht lesen, ohne doch Analphabet zu sein, so kann, was ihm zum Schutze dienen soll, zum Fallstrick für ihn werden. Wie wenig verbreitet aber die Kunst ist, sich verständlich auszudrücken, weiß jeder praktische Jurist. Der Laie klagt oft, daß das Recht unklar sei, aber sehr viel häufiger liegt der Fehler an den Menschen, die unklar sind oder doch sich unklar ausdrücken. Da soll nun wieder die Form helfen, sie soll den Contrahenten zum Bewußtsein bringen, in welchem Augenblick die unverbindlichen Vorbesprechungen den Grad der Congruenz des beiderseitig erklärten Willens gezeitigt haben, der den Abschluß des Rechtsgeschäfts darstellt, und welcher Art dieses Geschäft ist. Sie sollen merken, daß es jetzt Ernst wird, und ehe sie das thun, was die Form von ihnen verlangt, das entscheidende Wort sprechen, die Feder ansetzen, sollen sie noch einmal mit sich selbst zu Rathe gehen, ob sie denn nun auch wirklich das Rechtsgeschäft schließen wollen, welches durch die Form charakterisirt wird. Die Form soll hier die Aufgabe der Mahnung, sich nicht zu übereilen, erfüllen. Ist dann aber der Schritt gethan, dann soll sie wieder festhalten. Nun heißt es: „Wat schrewen is, is schrewen,"[4]) es mag billig erscheinen oder nicht.

[4]) Die prächtige Erzählung in Fritz Reuter's „Franzosentid", wie Möller Voß

Digitized by Google

Damit erfüllt die Form ihre processualische Function, als Beweismittel zu dienen. Sie erleichtert damit dem Richter sein Amt zum Nutzen der Parteien. Gerade von diesem Gesichtspunkte aus hat das französische Recht zu dem Formalismus Stellung genommen, es steht auf dem Boden des indirecten Formzwanges, herbeigeführt durch die Beschränkung der Zulässigkeit des Zeugenbeweises auf Rechtsgeschäfte, deren Werth 150 fr. nicht übersteigt (code civil Art. 1341 ff.).

Mit dieser letzteren, der processualischen Seite des Formalismus, haben wir es hier in erster Linie nicht zu thun. Mit der Aufnahme des Princips der freien Beweiswürdigung in unseren Civilproceß verträgt sich eine solche Beschränkung der Beweismittel schlechterdings nicht. Durch das Einführungsgesetz zur Civilproceßordnung (§ 14 Nr. 2) sind die erwähnten Bestimmungen des französischen Rechts auf deutschem Boden beseitigt. Die Lösung der Frage ist jetzt auf dem Boden des materiellen Rechts zu suchen, wodurch nicht ausgeschlossen ist, daß die Wirkung auch im Proceßrecht zu Tage tritt. Aber diese Wirkung ist nur eine secundäre. Keinem Menschen würde es einfallen, eine allgemeine Beschränkung der Beweismittel aus processualischen Gründen in unser auf der freien Beweiswürdigung aufgebautes Proceßsystem einfügen zu wollen.[5])

Im materiellen Recht stellt sich die Frage so, wie sie von Savigny[6]) formulirt ist, indem er als förmliche Willenserklärungen diejenigen angesehen wissen will, deren Wirksamkeit durch die Beobachtung einer positiv vorgeschriebenen Handlungsweise bedingt ist, die allein als Ausdruck dieses Willens gelten soll. Savigny hat hier auch die Gesichtspunkte, welche bei der Würdigung des Formalismus in Betracht kommen, mit dem ihm eigenen historischen Tacte und in der schönen Form seiner Sprache erörtert. Er geht aus von den symbolischen Handlungen des

---

von der drückenden Wucherschuld loszukommen sucht, der alte Amtshauptmann ihm aber die obigen Worte entgegenhält, wie dann später Möller Voß unter Berufung auf sie von dem Flüchtigkeitsfehler Fritz Sahlmann's in der Abfassung der Contractsurkunde zum Nachtheil seiner Gläubiger Gebrauch machen will, aber durch die brevi-manu-Correctur des Amtshauptmanns daran gehindert wird, darf als bekannt vorausgesetzt werden. Sie veranschaulicht Vortheil und Gefahr der Form.

[5]) Die Ordonnanz von Moulins von 1566, auf welcher das französische Recht beruht, wurde durch das Parlament von Toulouse aus processualischen Gründen veranlaßt. Ebenso beruhte auf solcher der Satz des altägyptischen Rechts, welcher beim unverbrieften Darlehen den Zeugenbeweis ausschloß. Diodor. Sicul. lib. I C. 75 sq. Vgl. „Verhandlungen des V. Deutschen Juristentages" (1864) Bd. I S. 62 - 77, 166—176, Bd. II S. 19—31, 78—80, 232—248.

[6]) „System des heutigen röm. Rechts" Bd. III S. 238.

Digitized by Google

alten Rechts, die ihm nichts willkürlich Erfundenes, sondern die Bethätigung des juristischen Kunstsinnes sind. Aber neben der ästhetischen Seite übersieht er nicht die praktische, „in dem Handelnden den Zustand gesammelter Besonnenheit zu wecken, der für alle ernsten Geschäfte so wünschenswerth ist.“ Die symbolische Form ist das untrügliche Kennzeichen des reifen Entschlusses; die sonstigen Vortheile sind untergeordnet. Aber ihre Zauberwirkung läßt sich nicht decretiren; nur der bewußtlose Bildungstrieb, in welchem das Bedürfniß der heilsamen Folgen wirksam ist, ruft sie hervor. „Wollte ein Gesetzgeber dieses versuchen, so würde er doch nur die ungeschickte Darstellung eines Schauspiels erzwingen, und jene Vortheile würden ihm unter den Händen meist verschwinden, da sie gerade davon abhängen, daß der Handelnde selbst von dem Werth und der Bedeutung der Handlung durchdrungen ist.“ [7]) Wer hörte hier nicht den skeptischen Meister, dem wir erst dann ganz gerecht werden, wenn wir manche gesetzgeberischen Mißgeburten unserer Zeit betrachten. Minder bedenklich, unhistorisch zu verfahren, und nur auf den praktischen Erfolg abzielend, hatte schon vorher Justus Möser[8]) gerathen: „Also sollte man die römischen Stipulationen wieder einführen.“ „Der Narr,“ ruft er aus, „der zuerst das Sprichwort: „„Ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort““ so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne, hat mehr Unglück angestiftet, als man glauben sollte. Denn wie viele kostbare Processe sind nicht seitdem über bloße Versprechungen, die in einem unüberlegten Augenblick, in der Hitze einer Leidenschaft oder aus Höflichkeit geschehen, geführt; wie viel falsche Eide sind nicht darüber geschworen, und wie mancher ehrliche Kerl ist darüber nicht an eine schlechte Frau gefesselt worden?“ Es ist also derselbe Gesichtspunkt wie bei Savigny, von dem aus Möser den Formalismus vertheidigt. Suchen wir nach der charakteristischen Function, welche die Form hier erfüllen soll, so werden wir sie die bevormundende nennen müssen. Freilich nicht in dem Sinne, als solle der Wille der Contrahenten durch einen fremden Willen ersetzt oder auch nur von ihm abhängig gemacht werden. Er bleibt nur von sich selbst abhängig. Aber es soll ihm Gelegenheit gegeben werden, sich auf sich selbst zu besinnen, es wird ihm ein Hinderniß bereitet, das er überspringen kann, zu dessen Ueberspringung er aber eines Ansatzes bedarf. Wir finden solche Cäsuren für den Willen auch im Gebiete des öffentlichen Rechts, z. B. in der Bestimmung der preußischen Verfassung, wonach Verfassungsänderungen

[7]) a. a. O. S. 239. Vgl. auch v. Savigny: „Obligationenrecht“ Bd. II S. 220.

[8]) „Patriotische Phantasieen“ Theil II (Berlin 1776) S. 248 ff.

Digitized by Google

zwar im Wege der Gesetzgebung erfolgen können, zwischen den beiden Abstimmungen in den Häusern des Landtags aber ein Zeitraum von wenigstens 21 Tagen liegen muß.[9])

Man kann das Ziel billigen und doch der Ansicht sein, daß das Mittel nicht geeignet ist, zu ihm zu führen. Um das zu prüfen, wird man unterscheiden müssen, welche Formen in Betracht kommen können; die eine mag geeigneter erscheinen, als die andere. Groß ist die Auswahl nicht, die uns zur Verfügung steht. „Unser nationaler rechtsgeschäftlicher Formalismus ist untergegangen,“ [10]) ihn wiederbeleben zu wollen, würde ein vergebliches Bemühen sein. Wohl mag es möglich sein, ein oder das andere stilvolle Stück unserer aus Renaissance und moderner Nüchternheit zusammengesetzten Rechtseinrichtung einzufügen, aber die mondbeglänzte Zaubernacht altgermanischen Rechtslebens gehört nicht in die Gesetzbücher, sondern in die deutsche Rechtsgeschichte oder in die historischen Romane poetischer Professoren. Wo man eine alte Form, wie die Auflassung, conservirt oder wieder einführt, nimmt sie alsbald den Geruch der Schreibstube statt des Erdgeruchs an. Denn der Tintenklecks ist das wahre Symbol unseres papiernen Zeitalters. Nur dadurch vermögen wir die Feierlichkeit und die Garantieen zu erhöhen, daß wir die Urkunde vom Richter oder Notar aufnehmen lassen. Aber beide sind eben nur Urkundspersonen; sie haben bei dem materiellen Inhalt des Vertrages nicht mitzuwirken. Das Gesetz kann ihnen freilich noch eine andere Aufgabe zuweisen, die, den Parteien berathend und belehrend an die Hand zu gehen. Da kann es denn zweifelhaft werden, ob wir uns noch auf dem Gebiete des Formalismus bewegen. Die Frage kann praktisch wichtig werden, wenn zu entscheiden ist, welchem Gesetz nach Ort und Zeit im Collisionsfall ein Rechtsverhältniß zu unterwerfen ist. So geschah es nach Inkrafttreten des preußischen Gesetzes vom 1. December 1869, betreffend die Aufhebung der besonderen, bei Interceſſionen der Frauen geltenden Vorschriften. Die höchsten Gerichtshöfe haben den Fall verschieden aufgefaßt. Das vormalige preußische Obertribunal sieht die aufgehobenen Bestimmungen nicht als Formvorschriften an, sondern als Anordnungen, welche, aus der Individualität des weiblichen Geschlechts entlehnt, die Persönlichkeit, gleichsam den status der Frau betreffen. [11]) Es stimmt darin mit der Ansicht der Theoretiker des preu-

[9]) Pr. Verf. Art. 107. Daß solche Schutzmittel wirkungslos sind, wenn der Verfassungssinn erschüttert ist, das haben wir zuletzt noch bei der Einführung der fünfjährigen Legislaturperioden erlebt.

[10]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 165.

[11]) Vgl. Entsch. d. Ob.-Trib. Bd. 70 S. 116 (Striethorst: „Archiv“ Bd. 89

Digitized by Google

ßischen Rechts überein.[12]) Das Reichsgericht[13]) dagegen sieht in den hier in Betracht kommenden Gesetzen nur Formvorschriften. Allerdings betrifft die citirte Entscheidung das gemeinrechtliche Gebiet, während die Obertribunals-Entscheidungen sich mit den landrechtlichen Vorschriften befassen. Aber sie erklären deren Bedeutung gerade aus den römischen Quellen, aus denen sie geflossen sind. Dem Reichsgericht ist darin beizutreten, daß der Zweck der Anordnung nicht entscheiden kann, und daß überall, wo die Frau fähig ist, lediglich durch Erfüllung einer wie immer gestalteten Form das Geschäft zu schließen, nur eine Formvorschrift gegeben ist. Klar wird das z. B. sein bei der Bestimmung des baltischen Rechts,[14]) in welchem von der Certioration nichts übrig geblieben ist, als die eigene Erklärung der Frau, genau die juristischen Consequenzen ihrer Bürgschaftsleistung zu kennen und auf die ihr etwa zur Seite stehenden Anfechtungsrechte zu verzichten. Ganz ähnlich verhält es sich aber mit dem preußischen Recht, nachdem der Anhangsparagraph 48 zu A.L.R. Th. I Tit. 14 § 221 die Erklärung der Bürgin zu Protokoll, daß sie mit den rechtlichen Folgen einer übernommenen Bürgschaft bekannt sei, für ausreichend erklärt hatte. Aber auch die Certioration selbst und selbst die nach A.L.R. Th. II Tit. 1 § 343 bei Bürgschaften der Ehefrauen für ihre Ehemänner erforderliche Zuziehung eines rechtskundigen Beistandes, mag sie auch aus der alten Geschlechtsvormundschaft historisch hergeleitet sein, enthält doch nur eine Formvorschrift, da die Stellung des Beistandes nur eine berathende ist.[15])

Auch der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs kennt die gerichtliche und notarielle Form[16]) neben der schriftlichen. Als möglich kommt für uns weiterhin in Betracht das Erforderniß bestimmter Worte zur Errichtung eines Geschäfts, sog. verba solemnia, wie z. B. durch Art. 4

S. 90 [Entsch. d. IV. Senats vom 17. Juni 1873], Striethorst: „Archiv" Bd. 88 S. 269 Nr. 42 [Entsch. d. III. Senats vom 10. März 1873], Gruchot: „Beiträge" Bd. 16 S. 101 [IV. Senat vom 12. September 1871].

[12]) Vgl. Förster-Eccius: „Theorie und Praxis ꝛc." 4. Auflage Bd. II S. 443. Dernburg: „Lehrbuch des preußischen Privatrechts" Bd. II § 244 Note 14 (3. Auflage S. 704). Koch: „Recht der Forderungen" Bd. III 1075. Vgl. aber auch Förster a. a. O. 3. Auflage Bd. II S. 377: „Die Frau ist nicht mehr unfähig zu Bürgschaften, sondern sie soll nur unter Beobachtung einer gewissen Form sich verbürgen."

[13]) „Entscheidungen des Reichsger. in Civilsachen" Bd. 9 S. 176.

[14]) Code civil des provinces baltiques, Art. 4506.

[15]) In der Praxis wurde die Sache rein formell behandelt, indem in der Regel ein im Ausbildungsstadium begriffener, häufig selbst beistandsbedürftiger junger Referendar als Beistand bestellt wurde.

[16]) Vgl. über dieselben Motive Bd. I S. 186 a. E.

Digitized by Google

und 96 der W.O. die Bezeichnung als „Wechsel“ zur wesentlichen Formvorschrift gemacht ist.

Man hat den Streit über Formzwang und Formfreiheit bisweilen unter politischem Gesichtspunkt betrachtet. Wahr ist, daß der Gegensatz wirthschaftspolitischer Richtungen, der auf ungehemmte Freiheit des Verkehrs ausgehenden auf der einen, der nach Schutz trachtenden auf der anderen Seite, gewisse Berührungspunkte mit unserem Thema bietet. Andererseits hat schon Ihering[17]) darauf hingewiesen, daß gerade die freiesten Völker am peinlichsten an der Form festgehalten haben. Eben weil sie bindet, ist die Form die Feindin der Willkür und demnach die Freundin der Schwachen. Wenn sie nun aber doch im Civilrecht vielfach als hemmend und beengend empfunden wird, so kommt das daher, weil der Schutz des Privatrechts durch unsere Institutionen garantirt ist, weit peinlicher als der des öffentlichen Rechts. Selbst die Freiheit des richterlichen Ermessens findet ihre Correctur im Instanzenzuge, der — unbegreiflich genug — im Civilproceß so viel vollkommener ist als im Strafproceß. Dennoch kann die Form, namentlich die schriftliche Fixirung, hier insofern etwas einschränkend gegenüber dem richterlichen Ermessen wirken, als sie den Inhalt der getroffenen Vereinbarung authentisch wiedergiebt und so die Beweiswürdigung beschränkt. Aber abgesehen davon dreht sich der Streit nicht sowohl um den Schutz des an die Form Gebundenen vor Dritten als vielmehr vor sich selbst. Die Entscheidunng, ob ein solcher Schutz erforderlich ist, und wie er ohne zu große Belästigung gewährt werden kann, setzt aber die volle Kenntniß der Verhältnisse der angeblich Schutzbedürftigen voraus. Diese Kenntniß ist nicht immer leicht zu gewinnen, und es ist jedenfalls unbegründet, wenn G. Hartmann[18]) sich auf das hohe socialpolitische Pferd setzt und mit dem ganzen Aufwand nachgerade verbrauchter Schlagwörter[19]) gegen die Gegner seines Standpunktes loszieht und über die Gesetzgebung der 60er und 70er Jahre abspricht, die

---

[17]) a. a. O. („Geist des röm. Rechts“) II 2 S. 456 ff.

[18]) Das Aequitätsprincip und die Richterstellung im „Archiv für civilistische Praxis“ Bd. 73 S. 309 ff., vgl. S. 369 ff.

[19]) Höchste Blüthe des laisser faire, laisser passer“, „Capitalismus“, „sog. Verkehr“, „Tanz um das goldene Kalb“ ꝛc. Merkwürdigerweise fehlt der „Tropfen socialpolitischen Oels“, der, nachdem er als oratorische Wendung sein Glück in den Verhandlungen des XIX. Juristentages (Bd. III S. 302) gemacht hat, bis in die neueste Zeit in den Schriften dieser Richtung tröpfelt, so daß man schließlich zum Oelkrug der Wittwe von Sarepta wird greifen müssen, und daß der Gedanke an das heilige Salböl allmählich hinter die Vorstellung der Function dieses Stoffes als Schmiermaterial zurücktritt.

Digitized by Google

mit weniger Geräusch, aber häufig mit mehr Verständniß für die wirklichen Bedürfnisse des Volkes auch mehr Zufriedenheit geschaffen hat, als manche spätere Errungenschaft. Die nachgerade allseitig anerkannten Calamitäten, welche die kleinlichen Formvorschriften des Altersversicherungsgesetzes in Verbindung mit den auf ihre Nichtbeachtung gesetzten Strafen[20]) hervorgerufen haben, zeigen, daß Vorsicht hier am Platze ist, und daß der „sog. Verkehr", den man in Tübingen vielleicht nur vom Hörensagen kennt, doch eine reale Existenz hat. Die Unbequemlichkeit der Form steigert sich natürlich durch ihre Complicirtheit. Insofern ist die Schriftform erträglicher als die gerichtliche und notarielle, zumal für die Bewohner solcher Orte, an denen weder Richter noch Notar vorhanden ist. Dazu kommt, daß beide nicht kostenfrei arbeiten. Auch die Stempelgesetzgebung trägt häufig dazu bei, die Form unpopulär zu machen. Auf der anderen Seite ist schon oben angedeutet, daß die Garantie bei der bloßen Schriftform am geringsten ist. Deshalb hat der Entwurf z. B. die Verträge über Verpflichtung zu Grundstücksübertragungen an die gerichtliche oder notarielle Form geknüpft.[21]) Ja, es ist in gewissen Geschäftsbetrieben und bei gewissen Volksclassen durchaus üblich, Urkunden, ohne sie zu lesen, zu unterschreiben oder wenigstens im Proceß zu behaupten, es sei dies geschehen. Durch die Häufigkeit dieses Einwandes wird dann auch der Werth der Form als Beweismittel vermindert. Die Praxis ist zwar bemüht, einem allzu häufigen und ausgedehnten Gebrauch desselben nach Möglichkeit entgegenzutreten. Die Vermuthung wird immer dafür sprechen, daß das Niedergeschriebene dem Inhalt der mündlichen Vereinbarungen entspreche. Um sicher zu gehen, wird daher die Behauptung dahin formulirt, es sei vor, bei und nach der Niederschrift anders verabredet. Wollte man auch das schlechterdings abzuschneiden suchen, so würde man der Gefahr sich aussetzen, in den Fällen, in denen wirklich die Unterschrift, ohne zu lesen, im blinden Vertrauen auf die Ehrlichkeit des Mitcontrahenten gegeben ist, das materielle Recht zu Gunsten des formellen zu kränken. Auch würde man sich mit dem herrschenden Willensdogma in Widerspruch setzen. Es giebt dann wieder andere (ländliche) Gegenden unseres Vaterlandes, in denen

[20]) Vgl. Reichsges. v. 22. Juni 1889 § 151. Es macht einen eigenthümlichen Eindruck, wenn Leute, welche die Marken unrichtig cassirt haben, sich auf die eben von rückfälligen Dieben geräumte Anklagebank der Strafkammer setzen müssen.

[21]) Entw. e. Bürg. Gesetzb. § 351 Motive Bd. II S. 190, vgl. auch Verh. des X. Deutschen Juristentages (1872) Bd. I S. 119—121 (v. Feistmantel), Bd. II S. 41 ff. Ob ein Bedürfniß zu so weitgehendem Formalismus vorliegt, ist hier nicht zu entscheiden. Vgl. darüber Laband im „Archiv f. civil. Praxis" Bd. 74 S. 13 ff.

Digitized by Google

die Schriftform dadurch ihre Bedeutung verliert, daß die Unterschrift gewohnheitsmäßig abgeleugnet und abgeschworen wird. Sie kommt dann nur in dem nachfolgenden Meineidsproceß als höchst unvollkommenes Ueberführungsstück (bei der Mangelhaftigkeit der Schriftvergleichung) in Betracht. Weiterhin verliert die Schriftform ihre Bedeutung dadurch, daß mit der Form zugleich das Formular gegeben zu sein pflegt.[22]) Dieses wird dann in der That ohne Kenntnißnahme vom Inhalt unterschrieben. Denn es ist ja gedruckt, muß also richtig sein. Der Inhalt aber ist meist sehr gefährlich. Das Formular ist aufgestellt von Interessenten und zwar von dem wirthschaftlich Stärkeren, es soll für alle Fälle sichern, auch dem böswilligen Schuldner gegenüber. Es sucht daher alle möglichen Fälle zu berücksichtigen, alle möglichen Einwendungen abzuschneiden, es ist das Gesetz, welches der Starke dem Schwachen dictirt. So kommen z. B. jene Miethsverträge zu Stande, in denen man nicht ohne Grund die Begründung eines Wohnungsfeudalismus, einer Miethstyrannei erblickt hat.[23]) Man braucht also nicht einmal die Möglichkeit der Formfehler, der Fälschung und des Betruges[24]) heranzuziehen, um die Gefahren der Form zu würdigen.

Noch ein Moment sei hier hervorgehoben, welches speciell bei unserem Rechtszustand in Deutschland nicht übersehen werden darf. Wir werden voraussichtlich auch nach Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem Dualismus des Civilrechts und des Handelsrechts zu rechnen haben. Für das letztere ist die Formlosigkeit der Verträge Regel und nothwendiges Erforderniß. Ein Formalismus bei Geschäften, die sowohl als Handelsgeschäfte als auch als Verträge des bürgerlichen Rechts vorkommen, trägt aber die Gefahr in sich, statt der gewünschten Rechtssicherheit ein neues Element der Unsicherheit zu erzeugen, denn die Frage, ob ein Geschäft im einzelnen Falle als Handelsgeschäft anzusehen ist oder nicht, ist bekanntlich häufig sogar für den Juristen sehr schwer zu entscheiden, geschweige denn für den Laien, der davon abhängig machen soll, ob er ins Tintenfaß zu tauchen hat oder nicht.

II. Die einzelnen Verträge.

Es ist oben dargethan, daß der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs den Grundsatz der Formfreiheit nicht ausnahmslos durchführt, daß er die Schriftform, die gerichtliche und notarielle Abfassung bei einer

---

[22]) Vgl. z. B. v. Brünneck in Gruchot's „Beiträgen" Bd. 10 S. 340.

[23]) Vgl. Engel: „Die moderne Wohnungsnoth", Leipzig 1873, S. 95 ff.: „Berliner Miethscontract".

[24]) Vgl. „Verh. d. X. Deutsch. Juristentages" Bd. I S. 120.

Digitized by Google

Anzahl von Verträgen vorschreibt, die Gültigkeit von der Beobachtung dieser Formen abhängig macht. Es ist gefragt, ob diese Ausnahmen vom Grundprincip ausreichend erscheinen. Ob die im einzelnen Falle vorgeschriebene Form die geeignete ist, liegt außerhalb des Rahmens unserer Betrachtung.[25]) Unter den der Form nicht unterworfenen Verträgen ist einer in der Frage namentlich bezeichnet: die Bürgschaft. Es sind mehrfache Gründe, die das erklären. Zunächst der äußerliche, daß die Kritik die Formlosigkeit gerade dieses Vertrages besonders zum Gegenstand von Angriffen gemacht hat.[26]) Sodann der tiefer liegende, daß neuere Codificationen mehrfach die Bürgschaft an das Erforderniß einer bestimmten Form geknüpft haben,[27]) und daß darin der besondere Charakter dieses Vertrages, nicht nur historische Reminiscenzen zum Ausdruck kamen. Es wird nicht zu umgehen sein, diese Eigenthümlichkeit des Bürgschaftsvertrages und die Regelung, welche er im Entwurf gefunden hat, einer kurzen Betrachtung zu unterwerfen.

Die Bürgschaft wird häufig als ein gefährliches Rechtsgeschäft bezeichnet.[28]) „Jahraus, jahrein machen sich unzählige Menschen damit unglücklich," sagt Bähr.[29]) Worin liegt diese Gefahr? Offenbar darin, daß derjenige, welcher sich für eine fremde Schuld verbürgt, häufig den ganzen Umfang der von ihm eingegangenen Verbindlichkeit nicht kennt, jedenfalls aber annimmt, der Hauptschuldner werde zahlen, es werde nicht dazu kommen, daß er in Anspruch genommen werde. Gewiß ist dieser Gedanke nicht lobenswerth: wer etwas verspricht, soll auch darauf gefaßt sein, es erfüllen zu müssen; denn der andere verläßt sich darauf, er wird

---

[25]) Mit Freuden zu begrüßen ist, daß bei dem Schenkungsversprechen der Betrag nicht mehr für die Form entscheidend ist. Nachdem deutsche Gründlichkeit glücklich herausgerechnet hatte, daß 500 solidi = 1555⅝ Thaler = 2722⅜ Gulden = 4666⅔ Mark sind, und die Rechtsprechung sich beeilt hatte, sich diese Errungenschaft zu Nutze zu machen (vgl. Entsch. d. R.G. Bd. I S. 313), war diese Grenze für das Erforderniß gerichtlicher Insinuation zu einer Calamität geworden.

[26]) Vgl. Bähr: „Zur Beurtheilung des Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich" S. 85 zu § 668. Gierke a. a. O. S. 257. G. Hartmann a. a. O. (Archiv f. c. Pr. Bd. 73) S. 369—370. Stolterfoth: „Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürg. Gesetzb. f. d. D. R." S. 71. Baron in der „Nordd. Allgem. Zeitung" vom 3. Januar 1890. Die in der „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen" Bd. VI S. 490 ff. genannten Handelskammern.

[27]) Pr. Allg. Landrecht I 14 § 203. Schweizerisches Obligationenrecht Art. 491. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich § 1781. Vgl. dazu Bluntschli S. 609. Wegen des russischen Rechts vgl. Leutholb: „Russische Rechtskunde" S. 144. Lehr: „Éléments de droit civil russe" Bd. II S. 447.

[28]) Vgl. z. B. Gierke a. a. O.

[29]) a. a. O.

Digitized by Google

eben dadurch veranlaßt, Credit zu geben. Insofern hat das Sprichwort Recht: Den Bürgen soll man würgen. Aber der Bürge kann für sich geltend machen: „Schwach war ich, doch kein Böswicht.“ Es ist vielfach die unglückselige Liebenswürdigkeit und Gutmüthigkeit, welche ihn veranlaßt hat, gut zu sagen. Darauf, daß beide Eigenschaften bei dem weiblichen Geschlecht in höherem Maße vorhanden sind, beruhten ja gerade die Beschränkungen der Intercessionsfähigkeit der Frauen. Der Gang der Gesetzgebung ist bekannt. Zunächst wurde durch Gesetze des Augustus und Claudius die Intercession der Ehefrauen für ihre Ehemänner verboten.[30]) Das Senatusconsultum Vellejanum sanctionirte sodann die darüber hinausgegangene Praxis, indem es die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten durch Personen weiblichen Geschlechts mit einigen Ausnahmen schlechthin für unverbindlich erklärte.[31]) Damit war an die Stelle des metus maritalis die infirmitas feminarum[32]) als gesetzgeberisches Motiv getreten. Justinian steigerte die bevormundende Tendenz noch, indem er das Erforderniß der Intercessionserklärung in einer öffentlichen Urkunde hinzufügte, und in dessen Ermangelung an Stelle der Anfechtbarkeit durch Einrede die Nichtigkeit sowie eine Beschränkung der Ausnahmen treten ließ,[33]) bei Ehefrauen dann aber schlechthin Nichtigkeit trotz der Urkunde verordnete.[34]) Auch die neueren Gesetzgeber, soweit sie die römischen und gemeinrechtlichen Vorschriften in ihre Codificationen aufnahmen, führten die levitas und imbecillitas der Weiber als Motiv an.[35]) Die neuere Gesetzgebung hat dann mit diesen Bestimmungen aufgeräumt. Man muß die Materialien zu dem preußischen Gesetz vom 1. December 1869[36]) lesen, um die ganze Abwegigkeit der Entrüstung G. Hartmann's[37]) über diesen Akt gefährlicher Nivellirung zu erkennen. Uebersieht er doch auch völlig, daß nicht nur das Recht des revolutionären Frankreich, sondern auch das österreichische Gesetzbuch

---

[30]) L. 2 pr. D. ad. Senat. Vellej. 16. 1.

[31]) L. 2 § 1 D. h. t. Windscheid § 485 Note 1.

[32]) L. 2 § 3 D. h. t.

[33]) L. 23 C. h. t. 4. 29. Windscheid § 488.

[34]) Nov. 134 cap. 8.

[35]) Vgl. z. B. Suarez: „Amtliche Vorträge“ in Kamptz' Jahrbuch Bd. 41 S. 50 ff.

[36]) „Anlagen zu den stenogr. Berichten über die Verh. d. Hauf. d. Abgeordn. während der 3. Session d. 10. Leg.-Per. v. 6. Oct. 1869 bis 12. Febr. 1870“ Bd. I S. 179 ff. „Sten. Berichte d. Verh. d. d. d. Allerh. Ver. v. 21. September 1869 einberufenen beiden Häuser des Landtages“ H. d. Abg. Bd. I S. 31, S. 165—168, S. 219—220.

[37]) a. a. O. S. 369.

Digitized by Google

(§ 1349) die Gleichstellung des Weibes mit dem Manne auf diesem Gebiete schon durchgeführt hatte, ohne daß man doch die damaligen Gesetzgeber des Kaiserreichs als Anhänger einer „möglichst abstracten Nivellirung der Gegensätze" oder des „laisser faire, laisser passer" anzusehen vermöchte. Dennoch steht er nicht allein, und ein mehr oder minder verschämter Seufzer, daß das Deutsche Reich und seine Einzelstaaten in jenen Jahren der werdenden Einheit und Verjüngung auch auf diesem Gebiete so radical verfahren, klingt in der Kritik mehrfach an. Von den Bundesregierungen ist es merkwürdiger Weise Reuß ältere Linie, das doch sogar die Regierungsgewalt von weiblichen Händen gedeihlich hat führen sehen, welchem es aber doch nicht bedenkenfrei erscheint, von den Formen für Bürgschaftsverträge der Frauen völlig abzusehen.[38]) Gierke und Bähr ziehen die Aufhebung der Beschränkungen der Intercessionen der Weiber als Argument heran, welches das Erforderniß einer Formvorschrift für die Bürgschaft noch verstärke. In der That kann es sich auch nicht darum handeln, eine verschiedene Behandlung der Geschlechter wieder eintreten zu lassen. Der Vorlage des Entwurfs zum Gesetze vom 1. December 1869 hatte die preußische Regierung eine Befragung der Gerichte vorhergehen lassen. Mehrere derselben berichteten, daß ein leichtsinniges Verfahren bei Eingehung von Intercessionen viel häufiger bei Männern, als bei Frauen beobachtet werde.[39]) Ueberhaupt sprachen sich von den befragten gemeinrechtlichen Appellationsgerichten fünf für unbedingte Aufhebung der gesetzlichen Beschränkungen aus, nur eins für Beibehaltung der gerichtlichen oder notariellen Form.[40]) Die landrechtlichen Gerichte waren schon durch Ministerialrescript vom 21. October 1840, also zu einer Zeit, welche man kaum als die der „höchsten Blüthe des laisser faire, laisser passer" wird bezeichnen können, befragt. Das Resultat war, daß von 23 Obergerichten und etwa 286 Untergerichten sich 21 Obergerichte und 249 Untergerichte unbedingt gegen die Beibehaltung der Certioration aussprachen, von 17 Obergerichten und 45 Untergerichten die Oberlandesgerichte zu Insterburg und Posen, das Kammergericht, ein Theil der Mitglieder des Oberlandesgerichts zu Ratibor, mehrere Mitglieder des Obertribunals, die Minorität des Oberlandesgerichts zu Marienwerder und 20 Untergerichte die gänzliche Gleich-

[38]) „Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf ꝛc." Bd. II S. 21. Vgl. dagegen „Bemerkungen des Königl. preußischen Justizministers" S. 121.

[39]) Drucks. d. Abg.-H. a. d. Note 36 a. O. Anl. Bd. I S. 183. Sten. Ber. Bd. I S. 31.

[40]) Daselbst Anlagen S. 182.

Digitized by Google

stellung der Männer und Frauen befürworteten, während die übrigen eine besondere Form — meist die gerichtliche — beibehalten zu sehen wünschten.[41]) Seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 1. December 1869 sind aus der Praxis Stimmen, welche einer verschiedenen Behandlung der Geschlechter das Wort redeten, nicht bekannt geworden. Je würdiger und selbständiger die Stellung der Frauen, insbesondere der Ehefrauen hoffentlich im bürgerlichen Gesetzbuch normirt werden wird, desto entbehrlicher werden Vorschriften sein, die einem Mißbrauch der ehemännlichen Gewalt gegenüber doch wirkungslos sind. Was abgesehen hiervon die Behandlung der Bürgschaft im Entwurfe anlangt, so kann dieselbe nicht durchweg als glücklich bezeichnet werden. Hervorgegangen aus einer Verschmelzung verschiedener römisch-rechtlicher Institute oder doch in Folge der geringeren Feinfühligkeit unseres Publicums auf juristischem Gebiete Elemente dieser Institute mit einander vermischend, und bald dem einen, bald dem andern nach der Absicht der Contrahenten mehr sich nähernd, bedarf die Bürgschaft vor Allem der scharfen Begrenzung nach allen Richtungen hin. Wäre es zulässig, die Motive als den Gedankengang des Gesetzgebers wiedergebend anzusehen, so könnte billig gezweifelt werden, ob er selbst sich der Abgrenzung des Begriffes überall klar gewesen sein möchte. Die Bürgschaft bezeichnen die Motive[42]) als einen Unterbegriff einmal der Intercession und sodann des Garantievertrages; für beide genannten Oberbegriffe Vorschriften zu geben, lehnen sie mit der üblichen Formel ab, daß dies entbehrlich, kein Bedürfniß dazu sei: stat pro ratione voluntas. Für die Auffassung des Bürgschaftsvertrages als eines besonderen Falles des Garantievertrages citiren sie Windscheid,[43]) offenbar mit Unrecht, denn ungefähr das Gegentheil sagt Windscheid a. a. O, wenn er den Garantievertrag in seiner Hauptanwendung als Creditauftrag eine Form der Bürgschaft nennt. Die richtige Auffassung, daß der Creditauftrag sich sowohl dem Garantievertrag als auch der Bürgschaft als specielle Kategorie unterordnet, ist denn auch im Gesetz selbst in § 680 zum Ausdruck gelangt. Nicht ohne Schwierigkeit ist aber die Bestimmung des Umfanges der Verpflichtungen des Bürgen, wie sie sich aus § 670 ergiebt. Danach kann der Bürge sich auch zu einer größeren oder beschwerlicheren Leistung verpflichten, als die des Hauptschuldners ist, aber er haftet als Bürge nur so weit, wie dieser. Ob er nun aber aus einem anderen Rechtsgrunde haftet, das kann im concreten Fall sehr schwer zu entscheiden sein. Es können verschiedene Gesichts-

[41]) Daselbst Anl. S. 181.

[42]) S. 657, 658.

[43]) „Lehrbuch d. Pandekten" Bd. II § 412 Nr. 2. Motive S. 658 Note 1.

Digitized by Google

punkte in Betracht kommen. Es liegt nahe, an das römisch-rechtliche constitutum zu denken, bei welchem im Gegensatz zur fidejussio der accessorische Charakter zurücktrat.[44]) Das Gesetz übergeht diesen Vertrag, und die Motive[45]) lehnen ein Eingehen darauf etwas vornehm ab, weil er veraltet sei, die Gründe, aus denen er einst geschaffen sei, sich erledigt haben. Mit dem Reichsgericht[46]) erklären sie es aber nicht für ausgeschlossen, einen concreten Vertrag dahin auszulegen, daß die Parteien die Eigenthümlichkeiten gewollt haben, durch welche nach römischem Recht das constitutum von der Bürgschaft sich unterschied. Es ist bekannt, daß im herrschenden gemeinen Recht eine große Verwirrung auf diesem Gebiete herrscht.[47]) Im Allgemeinen wird die Gültigkeit der Bürgschaft in duriorem causam nicht bezweifelt.[48]) Entspricht sie einem praktischen Bedürfniß, so wäre es vielleicht richtiger gewesen, den accessorischen Charakter im Entwurf nicht so scharf hervorzukehren, wie dies in § 670 geschehen ist. Es liegt nahe, auf die Analogie des Pfandrechts zu verweisen, bei welchem umgekehrt die Loslösung von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß immer mehr zum Durchbruch gelangt ist, wie z. B. in der Eigenthümerhypothek (§ 1094). Aber wir haben uns hier nur mit der Frage zu befassen, inwieweit sich die Formalisirung der Bürgschaft empfiehlt, und wir werden dabei die materielle Regelung des Vertrages, wie sie im Entwurf erfolgt ist, als gegeben nehmen müssen. Diese Regelung aber läßt den Erfolg, welchen die Anordnung einer obligatorischen Form haben soll, als beeinträchtigt erscheinen. Wird z. B. trotz der zu treffenden Anordnung die Verpflichtung, eine fremde Schuld zu erfüllen, formlos eingegangen, so wird der klagende Gläubiger das Vorliegen eines andern, den gleichen Zwecken wie die Bürgschaft dienenden Vertrages behaupten. Ist der Hauptschuldner nicht zahlungsfähig, so wird für den Gläubiger die Schuldübernahme dieselben Vortheile bieten, wie die Bürgschaft. Oder es wird ein Garantieversprechen als beabsichtigt behauptet werden. Allerdings muß ja der Kläger beweisen, aber der Proceß ist einmal da, und da im Allgemeinen jeder Verpflichtungswille

---

[44]) Vgl L. 2 L. 4 D. de pec. const. 13. 5. Dernburg: Pandekten Bd. II § 77 S. 201.

[45]) S. 658.

[46]) Entsch. in Civ.-S. Bd. X Nr. 50 S. 187.

[47]) Vgl. Vangerow III § 578 Anm. 1. 579. Arndts §§ 351, 353. Puchta § 404. Windscheid II § 477 Ziff. 2 Note 22, 23. Dernburg: Pandekten II §§ 77, 78. Girtanner: „Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht" S. 31 ff., 170 ff., 375 ff. Hasenbalg: „Die Bürgschaft des gemeinen Rechts" S. 760 ff., 854 ff., 865.

[48]) Vgl. Windscheid a. a. O. § 477 Note 22.

Digitized by Google

rechtsverbindlich ist, wird häufig gerade aus der Nichtbeachtung der für die Bürgschaft vorgeschriebenen Form auf die Absicht, einen andern zum gleichen Ziele führenden Vertrag einzugehen, geschlossen werden müssen. Die Römer haben das wohl erkannt, indem sie die weiblichen Rechtswohlthaten nicht auf die Bürgschaft beschränkten, sondern auf alle dem weiteren Gebiet der Intercession angehörenden Geschäfte ausdehnten. Ein Gleiches würde auch bei uns der Fall sein müssen, wenn eine Ausdehnung des Formenzwanges auf die Bürgschaft stattfinden sollte. Dann wäre aber die Enthaltsamkeit des Entwurfs in der Behandlung des Begriffs der Intercession nicht aufrecht zu erhalten. Aber der Gang der Gesetzgebung über die Frauenintercessionen zeigt, daß auch hier dieselben Erfahrungen gemacht sind, wie in der Regel bei bevormundenden Gesetzen. Man überzeugt sich bald, daß der gewünschte Erfolg nicht eingetreten ist, und schreibt dies bei noch vorwaltender Tendenz zum Schutze dem zu Wenig in der Richtung der Beschränkung zu. Man steigert daher das Maß der Bevormundung so lange, bis man sieht, daß Alles nichts hilft, daß aber der Druck der getroffenen Maßregeln schwer empfunden wird. Dann schlägt die Tendenz in ihr Gegentheil um. So wird man auch, den Bähr'schen Satz, daß sich jahraus jahrein unzählige Menschen durch Eingehung von Bürgschaften unglücklich machen, zugegeben, doch fragen müssen, ob diese Erscheinung nicht gleichmäßig in Rechtsgebieten mit obligatorischer Form für dieses Rechtsgeschäft und solchen ohne Formvorschrift sich zeigt. Ja, es ist vielleicht nicht zu viel gesagt, wenn man behauptet, daß die meisten leichtsinnigen Bürgschaften in der Form des allerformellsten Vertrages, durch Unterschrift von Wechseln, eingegangen werden. Das Erstaunen, auf Grund der Bürgschaftsübernahme zahlen zu sollen, obwohl man doch „gar nichts davon gehabt" habe, hört man im Gebiete des preußischen Landrechts keineswegs seltener äußern, als im gemeinrechtlichen. Von den möglichen Formen kommt wohl nur die Schriftlichkeit ernstlich in Frage. Denn die notarielle oder gerichtliche Aufnahme allgemein für Bürgschaften anzuordnen, würde gegenüber dem bisherigen Rechtszustand eine Erschwerung des Verkehrs enthalten, welche bedenklich erscheinen müßte. Zudem ist gerade die gerichtliche und notarielle Form der Gefahr ausgesetzt, das todte Formular an die Stelle des lebendigen Wortes zu setzen, das Vertrauen auf den Beistand der Urkundsperson zu wecken auch da, wo dieses Vertrauen unberechtigt ist. Die Schriftlichkeit aber ist, wie oben darzuthun versucht wurde, eine so alltägliche, nichtssagende, unplastische Form, daß sie im Volksbewußtsein niemals das Gefühl einer besonderen Wichtigkeit und Geschäftsmäßigkeit herbeiführen wird.

Digitized by Google

Ein anderer Gesichtspunkt kommt nun allerdings noch in Betracht: Die Unterscheidung des wirklichen Verpflichtungswillens von unverbindlichen Redensarten. Es kommen nicht selten Fälle vor, in denen es zweifelhaft ist, ob wirklich ein Eintreten für die fremde Verbindlichkeit beabsichtigt war oder nicht.[49]) Da hat nun die Schriftform zunächst den Vortheil, daß sie den Streit über den Inhalt dessen, was verhandelt ist, abschneidet. Interesse daran hat mehr der beweispflichtige Kläger, als der auf Grund angeblicher Verbürgung in Anspruch Genommene. Liegt eine Urkunde vor, so wird die Vermuthung für den Verpflichtungswillen sprechen. Daß aber auch, wenn die Erklärungen der Contrahenten schriftlich fixirt sind, die Zweifel nicht immer ausgeschlossen sind, beweist der Note 49 erwähnte Fall in Seuffert's Archiv Bd. 36 S. 54. Man könnte ein untrügliches Zeichen für den Willen, sich zu verbürgen, allerdings dadurch schaffen, daß man den Gebrauch bestimmter Worte, wie: „Bürgschaft, sich verbürgen" als Voraussetzung einer gültigen Bürgschaftsübernahme aufstellt. Aber auf der einen Seite würde damit ein so weitgehender Formalismus eingeführt, daß der Verkehr sich nur schwer daran gewöhnen würde, zumal nicht, wie bei dem Wechsel, besondere processualische Vortheile an die Beobachtung dieser Form geknüpft sein würden; auf der andern Seite würden dadurch nur andere Geschäfte befördert werden, welche der Bürgschaft an Gefahr nicht nachstehen. Es würde der Streit, ob ein zwar keine Bürgschaft enthaltender, aber doch rechtlich anerkannter Verpflichtungswille vorliegt, nicht abgeschnitten sein.

Und nun zu guterletzt das oben unter I bereits hervorgehobene Bedenken: die schwierige Abgrenzung gegenüber der handelsgeschäftlichen Bürgschaft. Man braucht nicht mit dem preußischen Justizminister[50]) in dem Widerspruch, in welchen durch das Formerforderniß das bürgerliche Recht mit dem Handelsrechte treten würde, an sich ein Bedenken zu erblicken. Denn solange das Handelsrecht als Sonderrecht überhaupt besteht, wird es auch gerade darin seine Eigenthümlichkeit zeigen, daß es den welterfahrenen geschäftskundigen Kaufmannsstand von den Cautelen befreit, die andern zum Schutze, jenem zur Fessel gereichen. Aber allerdings wird auch der Nichtkaufmann dadurch gefährdet, daß nach Art. 277 H. G. B. auch bei einseitigen Handelsgeschäften principiell die Bestimmungen des vierten Buches des Handelsgesetzbuchs und damit der den

---

[49]) Vgl. Seuffert: Archiv Bd. 32 S. 10, Bd. 36 S. 54.

[50]) „Zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich." Bemerkungen ꝛc. Berlin 1891 (Als Manuscript gedruckt) S. 122.

Digitized by Google

Grundsatz der Formfreiheit proclamirende Art. 317 auf beide Theile gleichmäßig Anwendung finden, so daß auch die von dem Nichtkaufmann für eine Forderung eines Kaufmanns aus einem Handelsgeschäfte geleistete Bürgschaft den Formerfordernissen des bürgerlichen Rechts nicht unterliegt.[51]) Und dies wird sich um so fühlbarer machen, wenn der Bürge an die vorsorglichen Formen gewöhnt ist, mit denen außerhalb des Handelsgeschäftsverkehrs die Rechtsordnung ihn schützend umgiebt. Und dazu der weitere Streitpunkt, ob im concreten Fall ein Handelsgeschäft vorliegt oder nicht.

So sehen wir, daß auch bei der Bürgschaft sich bewährt, was unter I allgemein als Vortheil und Nachtheil der Form erkannt wurde, und daß überwiegende Gründe nicht vorzuliegen scheinen, bei ihr von dem allgemein aufgestellten Grundsatz abzuweichen. Es klingt auch ziemlich resignirt, wenn Bähr[52]) sagt, durch die von ihm gewünschte Formvorschrift würde, „wenn auch nicht viel, so doch etwas Schutz gewonnen" werden. Uns erscheint dieses „etwas" so wenig, daß es die Abweichung vom Princip nicht rechtfertigt, die Bedenken nicht aufwiegt.[53])

Von sonstigen Verträgen, bei welchen im Gegensatz zum Entwurf die obligatorische Anordnung einer bestimmten Form stattfinden könnte, dürfte nur noch der Miethe- und Pachtvertrag über Immobilien hervorgehoben zu werden verdienen. Es sind andere Gesichtspunkte, wie bei der Bürgschaft, die hier in Betracht kommen. Die Frage der Formalisirung des Miethe- und Pachtvertrages hängt zum Theil von der materiellen Construction des Instituts ab. Es ist kaum zu erwarten, daß der vielberufene Grundsatz: „Kauf bricht Miethe" dem Ansturm der Gegner Stand hält, und es ist das auch um so weniger zu wünschen, wenn etwa durch Einführung eines richterlichen Rechts auf Ermäßigung der Conventionalstrafe das Correctiv rein obligatorischer Regelung fortfallen, aus Furcht vor dem Mißbrauch der Vertragsfreiheit, an deren Stelle die Vertragsbruchfreiheit gesetzt werden sollte. Auf der andern Seite wird als Voraussetzung der Verpflichtung des Erwerbers, die bestehenden Miethe- und Pachtverträge anzuerkennen, die Erkennbarkeit aufgestellt werden müssen, wie dies ja im preußischen Recht bereits geschehen ist. Einer besonderen Form für die Verträge bedarf es zur Herbeiführung der Erkennbarkeit in dem Falle nicht, daß beim Uebergang des Eigen-

---

[51]) Vgl. Entsch. d. R.-Ger. in Civ.-S. Bd. I Nr. 13 S. 24 ff.

[52]) a. a. O. S. 85.

[53]) Vgl. die „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen" Bd. II S. 49. Handelskammerberichte und Landesökonomiecollegium. „Bericht des preuß. Justizministers" a. a. O.

Digitized by Google

thums das Grundstück dem Miether oder Pächter bereits überlassen war.[54]) Soweit aber die Eintragung im Grundbuche als Voraussetzung der Rechtswirkung des Miths- und Pachtvertrages gegenüber dem Besitznachfolger des Vermiethers und Verpächters aufgestellt wird, ergiebt sich die Form der Eintragungsbewilligung aus den durch die Grundbuchordnung zu treffenden Bestimmungen.[55]) Darüber hinaus auch für den zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrag Schriftlichkeit zu erfordern,[56]) erscheint um so entbehrlicher, als ja nach § 829 des Entwurfs der Rechtsgrund des dinglichen Vertrages nicht angegeben zu werden, ja ein solcher überhaupt nicht vorhanden zu sein braucht, die Schriftlichkeit auch nicht geeignet erscheint, die Erkennbarkeit zu garantiren.[57]) Boyens[58]) weist allerdings auf den vielseitigen Inhalt, den ein Miethsvertrag heutzutage habe, hin, z. B. bezüglich der Unterhaltungspflicht, Mitbenutzung von Wasser-, Heizungs-, Gas- oder elektrischen Anlagen, Beleuchtung und Reinigung von Fluren, Treppen und Straßen, Pflicht zur sofortigen Räumung in besonderen Fällen u. s. w. Er erachtet es für unerläßlich, daß der Erwerber Gelegenheit habe, bei Erwerb alle diese Dinge in einer Urkunde zu lesen, wenn er länger als ein Jahr gebunden sein solle, und will daher Verträge auf eine längere Miethszeit an das Erforderniß der Schriftform binden. Nun zeigt schon die vorstehende Aufzählung, daß es sich dabei mehr um Verpflichtungen, als um Rechte des Miethers handelt. Denn das Recht der Mitbenutzung vorhandener Wasser-, Heizungs-, Gas- und elektrischer Anlagen ist nicht etwas so Exorbitantes, daß der Erwerber erstaunen könnte, wenn er entdeckt, daß es von seinem Verkäufer dem Miether eingeräumt ist. Im Gegentheil sollte man annehmen, daß, wenn solche Anlagen in den vermietheten Wohnungen sich vorfinden, sie eben auch zur Benutzung durch die Miether bestimmt sind. Jeder Blick in einen modernen formularmäßigen Miethsvertrag über eine Wohnung in einer Großstadt — und nur diese pflegen sehr detaillirte Bestimmungen zu enthalten — zeigt aber noch deutlicher, daß es sich hier keineswegs um eine magna charta von Mietherrechten zur Einschränkung des Vermiethers, sondern umgekehrt um einen Katalog von Herrenrechten des letzteren handelt. Die schmerzliche Enttäuschung

---

[54]) Vgl. Eck in den Verhandlungen des XIX. Deutschen Juristentages Bd. II S. 246.

[55]) Vgl. Note 2 zu § 828 des Entwurfs. Entw. d. Grundbuchordn. § 39.

[56]) Wie Boyens, „Gutachten aus dem Anwaltsstande" S. 709 vorschlägt.

[57]) Vgl. Fischer in den Verhandlungen des XIX. Deutschen Juristentages Bd. II S. 443.

[58]) a. a. O. S. 709 ff.

Digitized by Google

des neuen Herrn kann daher nur in einem zu Wenig dieser Herrschaftsrechte ihre Ursache haben. Ein solcher Erwerber aber, der das Vermiethungsgeschäft nur betreiben zu können glaubt unter Benutzung all' jener chicanösen Einzelbestimmungen, die Gott sei Dank meist nur zur Freude künftiger Culturhistoriker auf dem Papier stehen, praktische Anwendung aber nur finden, wenn das Ueberwiegen der Nachfrage nach Wohnungen über deren Angebot die Begründung eines wirklichen Hörigkeitsverhältnisses herbeiführt, mag sich vorher genau erkundigen; die Rechtsordnung hat keine Veranlassung, ihm seine Feudalrechte hübsch verbrieft entgegenzubringen, auf daß er sie zum Ergötzen seines Herzens schwarz auf weiß lesen könne. Eher könnte der Miether ein Interesse daran haben, seine Verpflichtungen bemessen zu sehen. Aber auch das ist thatsächlich nicht der Fall, weil eben die naturalia negotii vertragsmäßig nicht zu seinem Vortheil, sondern zu seinem Nachtheil abgeändert zu werden pflegen.

Ein weiterer Gesichtspunkt, welcher für das Erfordernis der Schriftlichkeit des Miths- und Pachtvertrages geltend gemacht wird, ist der der Vermeidung von Streitigkeiten unter den Contrahenten über den Inhalt des Vertrages.[59]) Es ist nicht abzusehen, weshalb in dieser Beziehung bei der locatio conductio ein größeres Interesse obwalten sollte, die Contrahenten zu dem anzuhalten, was sie im eigenen Interesse da, wo es sich um complicirte, ins Einzelne gehende Vereinbarungen handelt, ohnehin zu thun pflegen, als bei irgend einem anderen Vertrage. Auch hier ist es wohl vorwiegend das Vorbild des preußischen Rechts, welches die formellere Behandlung der Miethe und Pacht gegenüber anderen Verträgen nahegelegt hat. Aber die so mannigfach abgestuften Vorschriften des A.L.R. (Schriftform des Miethsvertrages, wenn die Jahresmiethe 150 Mk. übersteigt, der Landgüterpacht ohne diese Begrenzung, bei Nichtbeobachtung der Formvorschrift und erfolgter Uebergabe Gültigkeit auf ein Jahr, gerichtliche oder notarielle Form des Pachtvertrages, wenn die Jahrespacht 600 Mk. oder mehr beträgt, es sei denn, daß nur einzelne Aecker verpachtet werden, nicht ein ganzes Gut, in welchem Falle Schriftlichkeit genügt, bei Nichtbeachtung der notariellen oder gerichtlichen Form jährliche Aufkündigung und Auslegung der Zweifel zum Nachtheil des Verpächters)[60]) mögen vielleicht im Gebiete des Landrechts sich allmählich eingebürgert haben und daher minder lästig empfunden werden; sie zeigen aber, wie willkürlich die Grenzen gezogen werden können, wie

[59]) Vgl. Boyens a. a. O. S. 710.
[60]) Vgl. A.L.R. Th. I Tit. 21 §§ 267—269, 401—403.

Digitized by Google

zweifelhaft es im Einzelfall sein kann, ob die Formvorschrift Platz greift oder nicht. Zudem hebt Boyens[61]) mit Recht hervor, daß der Betrag des Miethszinses insofern ein wenig geeignetes Kriterium für das Erforderniß der Form ist, als gerade eine niedrige Bemessung desselben eine desto größere Belastung des Grundstücks darstellt, das Interesse des Erwerbers an der Kenntniß der ihn bindenden Verträge also im umgekehrten Verhältniß zur Höhe der vereinbarten Miethsbeträge steht. Er will daher, wie oben erwähnt, die Dauer der Miethszeit als entscheidend für die Grenze, von welcher an die Schriftform gefordert werden soll, aufgestellt wissen. Den gleichen Standpunkt hat das preußische Landesökonomiecollegium eingenommen, während der deutsche Landwirthschaftsrath einer gleichen Anregung nicht Folge geleistet hat.[62]) Auch das Landesökonomiecollegium ist dabei wohl von dem Gesichtspunkte der Erkennbarkeit der Belastung von Seiten des Erwerbers ausgegangen. Denn es war erst Ablehnung des Formerforderniſses erfolgt nnd erst, nachdem der Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe" angenommen war, wurde die Formvorschrift empfohlen. Nun ist aber nicht abzusehen, daß es nicht möglich sein sollte, wenn die ursprünglichen Contrahenten die wesentlichen Vereinbarungen nur mündlich getroffen und im Kopfe haben, diese von ihnen zu erfahren, ohne sie schwarz auf weiß zu sehen. Wo es sich um complicirte Verhältnisse, wie bei der Verpachtung großer Güter handelt, bedarf es wirklich nicht der gesetzgeberischen Vorsehung, um die Parteien zum formellen Vertragsabschluß zu veranlassen. Auf der anderen Seite werden geringwerthige Ackerparzellen häufig auf lange Jahre verpachtet, ohne daß es erforderlich wäre, die außerordentlich einfachen Bedingungen schriftlich zu fixiren oder gar Richter und Notar in Bewegung zu setzen. Wenn auf die Möglichkeit des Betruges hingewiesen wird, so steht der die Möglichkeit der Urkundenfälschung zur Seite. Collusion zwischen Vermiether und Miether ist bei mündlichem wie bei formellem Vertragsschluß möglich. Irrthümer und Versehen sind desto häufiger, je mehr Functionen zur Fixirung des Vertragswillens erfordert werden; jede Abschrift kann zur neuen Fehlerquelle werden. Und diese Fehler sind verhängnißvoll, weil sie wie ein monumentum aere perennius dastehen. Schlauköpfe wie Möller Voß[63]) werden erst durch sie zur Chicane veranlaßt. Mit dem preußischen Justizminister[64]) ist daher auch hier die Bedürfnißfrage zu verneinen.

---

[61]) a. a. O. S. 710.

[62]) Vgl. „Zusammenst. d. gutachtl. Aeußerungen" Bd. VI S. 377.

[63]) Vgl. oben Note 4.

Digitized by Google

III. Schlußergebniß.

Vortheile und Nachtheile der Form sind in Vorstehendem erst generell, sodann in Anlehnung an die einzelnen in Betracht kommenden Verträge erörtert. Das Ergebniß ist, daß mancher Gesichtspunkt, aus welchem der Formalismus empfohlen wird, bei der Bürgschaft wenigstens, in nicht unerheblichem Maße Berücksichtigung verdient, insbesondere die Verhütung leichtsinniger Verbürgung und die Förderung der Erkennbarkeit des Verpflichtungswillens. Aber überwiegend sind doch die Bedenken. Es kommt in Betracht, daß das Erforderniß der Form für einen großen Theil des Rechtsgebietes eine Neuerung darstellen würde. Man hat sich trotz Justus Möser, im Gebiete des gemeinen Rechts namentlich, an den Grundsatz: „Ein Mann ein Wort", „pacta sunt servanda" gewöhnt. Einem entwickelten Obligationenverkehr entspricht dieser Grundsatz einzig und allein. Was ist Bürgschaft? Da liegt die Hauptschwierigkeit. Zutreffend schildert Laband[65]) den Zustand des modernen Obligationenrechts:

„Die Schuldverhältnisse sind unendlich vielgestaltig geworden, und nicht nur die Zahl der Obligationen hat sich beständig vermehrt, sondern auch jede einzelne hat ihr festes Gefüge gelockert, ist elastisch geworden und geeignet, sich den wandelbaren Bedürfnissen des concreten Falles anzuschmiegen. In Folge dessen sind die begrifflichen Kategorieen, in welche man die Schuldverhältnisse zusammenfassen kann, sehr weit und unbestimmt .... Aber auch gegen einander sind die Obligationsarten nicht fest abgegrenzt; sie gehen durch Zwischenformen und Mischbildungen in einander über, und die Mannigfaltigkeit ihrer Gestaltungen scheint jeder festen Classification zu spotten. Der Gesetzgeber kann hieran nichts ändern, wenn er nicht den Verkehr in unerträgliche Fesseln schlagen und schwer schädigen will; er muß sich dem Princip beugen, daß die Schuldverhältnisse, soweit sie durch Rechtsgeschäfte begründet werden, ihren Inhalt nicht vom Recht, sondern vom Geschäft, d. h. vom Willen der Parteien, empfangen."

In der That, so steht es. Wir haben den Willen zum herrschenden Princip unserer Privatrechtsordnung erhoben; das Evangelium des modernen Civilrechtsjuristen beginnt mit den Worten: „Am Anfang war der Wille." So lassen wir ihn denn auch frei herrschen, und versuchen wir nicht, ihn einzuzwängen in die starre Form! Denn starr und todt ist sie, eben weil sie nicht mehr das Volksbewußtsein durchdringt. Tinte

---

[64]) „Bemerkungen" a. a. O. S. 82—84.

[65]) Archiv f. civ. Praxis Bd. 73 S. 161 ff.

Digitized by Google

und Feder sind die Werkzeuge der Büreaukratie, nicht die des Volkes, und auch der Kleister, den die neue Gesetzgebung des Reiches zum wesentlichen Bindemittel des Versicherungsvertrages erhoben, hat nur die Popularität des Spottes errungen. „Als ihr noch die schöne Welt regiertet," Formeln und Symbole, die wir mit um so größerer Ehrfurcht zu betrachten pflegen, je dunkler unsere Vorstellungen von ihnen sind, ja da hatte der Formalismus seine Berechtigung. Aber unserem vielverzweigten queckfilberartigen Verkehr entspricht nur die allerungebundenste Entfaltung, die allerfreieste Auslegung des Parteiwillens. Auch hier muß es heißen:

Der Buchstabe tödtet und der Geist macht frei.

Berichtigung.

In dem dritten Bande der Verhandlungen des einundzwanzigsten Deutschen Juristentages muß es auf S. 75 Zeile 9 von unten statt „I. Die Mißstände" heißen: „I. Die Maßregeln zur Abstellung der Mißstände" u. s. w.

Digitized by Google

IX.

Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Helpcke zu Berlin

über die Frage:

Empfiehlt sich die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht?

I.

Aus den Vorschriften des römischen Rechts über das receptum der Schiffer, Gast- und Stallwirthe hat die gemeinrechtliche Lehre einen Begriff der „vis major“ oder „höheren Gewalt“ abgeleitet, über dessen Bedeutung zwar die Meinungen von jeher sehr getheilt waren, dessen Existenz aber bis in die neueste Zeit ebensowenig bezweifelt wurde, wie seine wissenschaftliche Berechtigung und praktische Brauchbarkeit. Da die römischen Quellen anscheinend für denselben Begriff auch die Ausdrücke damnum fatale und casus cui resisti non potest gebrauchen, so pflegt man die höhere Gewalt auch als unabwendbaren Zufall zu bezeichnen. Ueber die Identität dieser Begriffe herrscht allgemeine Uebereinstimmung. Aus dem gemeinen Rechte ist mit den Grundsätzen desselben über das receptum auch dieser Begriff der höheren Gewalt oder des unabwendbaren Zufalls in alle neueren Gesetzgebungen übergegangen. So läßt das Preußische Allgemeine Landrecht den Gastwirth von der Vertretung eines an den aufgenommenen Sachen entstandenen Verlustes oder Schadens außer im Falle eigenen Verschuldens des Reisenden nur „durch äußere Gewalt und Zufälle“ befreien, „die der Wirth bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder hat vorhersehen noch verhüten können“ (§ 447 II 8). Ebenso macht es in den §§ 1734, 1735 ebenda den Schiffer für Beschädigungen und Verluste haftbar, wenn er nicht einen „äußeren unver-

Digitized by Google

meidlich gewesenen Zufall" bezw. „einen äußeren Zufall, dessen Abwendung er nicht in seiner Gewalt hatte," nachzuweisen vermag. In gleicher Weise läßt der code civil art. 1784, 1954 Landfuhrleute, Schiffer und Gastwirthe für Beschädigungen und Verluste der ihnen anvertrauten Sachen außer im Falle von cas fortuit et force majeure, bezw. vols faits avec force armée ou autre force majeure, haften. Dasselbe bestimmt der code de commerce in art. 103 für alle Frachtführer. Diese Ausdehnung der Haftung ex recepto auf den Landfrachtführer findet sich auch in der gemeinrechtlichen Praxis und den partikularrechtlichen Gesetzgebungen vielfach. Sie ist für ganz Deutschland durch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 395) geltendes Recht geworden. Während aber hierin lediglich eine Weiterbildung der römischen Rechtssätze zu erblicken ist, haben die neuesten Gesetze dem Begriff der höheren Gewalt ganz neue Anwendungsgebiete erschlossen. Vor allem sind hier die Gesetze über die Haftpflicht aus dem Eisenbahn- und Fabrikbetriebe zu nennen. Schon das Preußische Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 machte in § 25 den Untenehmer für alle Beschädigungen an Personen und Sachen schlechthin haftbar und ließ ihn nur durch den Beweis befreit werden, daß der Schade entweder durch eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen „unabwendbaren äußeren Zufall" bewirkt worden sei. Denselben Grundsatz bringen alle neueren Haftpflichtgesetze in der Weise zum Ausdruck, daß sie die Haftung des Unternehmers durch „höhere Gewalt" ausschließen lassen, so das deutsche Reichsgesetz vom 7. Juni 1871, daß österreichische Gesetz vom 5. März 1869 und die schweizerischen Bundesgesetze vom 9. Juli 1875 und vom 25. Juni 1881 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen bezw. die Haftpflicht aus dem Fabrikbetriebe. Diesen Gesetzen schließt sich das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871, welches in § 11 der Postverwaltung die Haftung für körperliche Beschädigungen von Reisenden anßer im Falle höherer Gewalt oder eigener Fahrlässigkeit des Beschädigten auferlegt. Auf ein anderes Gebiet überträgt das sächsische bürgerliche Gesetzbuch den Begriff der höheren Gewalt, indem es in § 157 bestimmt, daß keine Verjährung beginnt oder läuft, so lange der Berechtigte durch höhere Gewalt oder Stillstand der Rechtspflege an der gerichtlichen Verfolgung seines Rechts gehindert wird. Eine ähnliche Bestimmung hat der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in § 165 für die Verjährung aufgenommen, und in gleicher Weise schützt er in § 2098 den Erben gegen den Ablauf der Inventarfrist, wenn derselbe durch höhere Gewalt an der Einhaltung der Frist oder an der Stellung eines Antrages auf Fristverlängerung verhindert ist. In diesem Zusammen-

Digitized by Google

hange ist auch der § 211 der Deutschen Civilproceßordnung zu erwähnen, nach welchem die Partei, welche „durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" an der Einhaltung einer Nothfrist verhindert ist, einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat. Es besteht keine Meinungsverschiedenheit darüber, daß mit den hier gebrauchten Ausdrücken dasselbe gemeint ist, wie mit dem Ausdruck „höhere Gewalt". Zu allen diesen Fällen hat die jetzt tagende Revisionskommission für das bürgerliche Gesetzbuch noch einen weiteren hinzugefügt, indem sie in § 99 eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen hat, daß bei Anfechtung einer Willenserklärung wegen unrichtiger Uebermittlung an den Empfänger die regelmäßig eintretende Schadensersatzpflicht des Erklärenden ausgeschlossen bleibt, wenn die Unrichtigkeit der Uebermittlung ihren Grund in höherer Gewalt hat.

Entsprechend dem soeben geschilderten Gange der Gesetzgebung ist auch die Litteratur über den Begriff der höheren Gewalt in neuerer Zeit beständig angewachsen. Nicht nur die Lehrbücher und die Commentare der einschlägigen Gesetze widmen dem Gegenstande eingehendere Erörterungen, sondern derselbe ist auch in verschiedenen Monographien,[1]) zum Theil von hervorragenden Schriftstellern behandelt und in den letzten Jahren ein beliebtes Dissertationsthema geworden.[2]) Wie nicht anders zu erwarten war, haben die neueren gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die der Haftpflichtgesetze mannigfache neue Anregungen gegeben. Trotzdem aber ist man in der Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt bisher nicht wesentlich über die Ergebnisse der alten gemeinrechtlichen Litteratur hinausgekommen. Noch immer sind es zwei Auffassungen dieses Begriffs, welche sich wie schon zur Zeit der Glossatoren gegenüberstehen. Nach beiden soll dasjenige, was die höhere Gewalt vom gewöhnlichen Zufall unterscheidet, die Unabwendbarkeit derjenigen Ereignisse sein, welche die erstere bilden. Aber darüber, worin diese Unabwendbarkeit besteht, gehen die Meinungen auseinander. Die eine Meinung, welche die Praxis im Großen und Ganzen beherrscht, betrachtet die Unabwendbarkeit als etwas

---

[1]) Vgl. hauptsächlich: Goldschmidt in der Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. Bd. III S. 58 ff. 331 ff. Bd. XVI S. 287 ff. — Exner in Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart Bd. X S. 497 ff. — Dernburg ebenda Bd. XI S. 335 ff. — Gerth, Der Begriff der vis major, Berlin 1890. — v. Hollander, Vis major als Schranke der Haftung, Jena 1892.

[2]) Vgl. die Dissertationen von Hafner: Ueber den Begriff der höheren Gewalt im deutschen Transportrecht, Zürich 1886, und Stucki: Ueber den Begriff der höheren Gewalt, Bern 1888 (erweitert durch eine selbständige Abhandlung über denselben Gegenstand, Bern 1890). — Auch die in Anm. 1 angeführte Abhandlung von Gerth ist ursprünglich als Dissertation geschrieben.

Digitized by Google

Relatives. Sie verlangt von demjenigen, der die Gefahr des Zufalls, aber nicht diejenige der höheren Gewalt zu tragen hat, die Aufwendung einer erhöhten, über die diligentia boni patris familias hinausgehenden Sorgfalt und Vorsicht, und sieht als vis major alle Ereignisse an, welche auch durch eine solche gesteigerte Sorgfalt nicht abzuwenden sind. In der näheren Bestimmung dieser besonderen Sorgfalt aber weichen die Vertreter dieser Meinung, welche als die subjective oder relative Theorie bezeichnet zu werden pflegt, und als deren Hauptvertreter in der Litteratur Goldschmidt und Dernburg gelten, sehr weit von einander ab. Demgegenüber faßt die andere Meinung, die objective Theorie, die Unabwendbarkeit als eine den Ereignissen selbst innewohnende Eigenschaft auf und erkennt demgemäß als höhere Gewalt nur solche Ereignisse an, welche ihrer Natur nach unabwendbar sind, denen Menschenkraft nicht gewachsen ist. Der entschiedenste und consequenteste Vertreter dieser Meinung ist Exner. Beiden Theorien aber stellt sich in neuester Zeit eine dritte Richtung gegenüber, welche den ganzen Begriff der höheren Gewalt als wissenschaftlich unhaltbar und praktisch unverwerthbar verwirft. Schon Goldschmidt's Abhandlungen, in denen dieser Begriff für das römische Recht entwickelt wird, gipfeln in dieser Beurtheilung des Werthes desselben. Noch entschiedener aber hat sich Goldschmidt in seinem Gutachten über den Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches[3]) gegen die Aufnahme „des unklaren Begriffs" der höheren Gewalt ausgesprochen, weil eine Abgrenzung der sogenannten höheren Gewalt von dem gewöhnlichen Zufall durchaus unmöglich, Nichthaftung für höhere Gewalt nichts mehr und nichts weniger als Nichthaften für Zufall, d. h. Haften nur für Verschulden sei. Diesem Urtheile schließt sich in neuerer Zeit die gründliche Abhandlung von Gerth an, mit besonderer Schärfe aber Bähr[4]) in seiner Kritik der Dissertation von Hafner. Derselbe nennt den Ausdruck einen „phrasenhaften" und erblickt in der „Propaganda, welche das Wort höhere Gewalt gemacht hat, so recht einen Beleg für den Ausspruch unseres Dichters, daß oft eben, wo Begriffe fehlen, ein Wort zu rechter(?) Zeit sich einstellt".

Diesen Streitfragen gegenüber lassen die oben angeführten Gesetze, bezw. die Vorarbeiten der gesetzgebenden Faktoren eine bestimmte Stellungnahme vermissen. Soviel ersichtlich, hat man überall den Begriff der höheren Gewalt als einen durch das römische Recht gegebenen und in seiner Bedeutung bestimmten angesehen, und denselben so, wie er über-

[3]) Beilageheft zur Zeitschr. für Handelsr. Bd. III S. 112.
[4]) Krit. V.J.Schr. Bd. 28 (N. F. Bd. 9) S. 405 ff.

Digitized by Google

liefert war, aufnehmen wollen. Auch die Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich[5]) sprechen sich über die Auffassung jenes Begriffs, welche den betreffenden Bestimmungen zu Grunde liegt, nicht aus, obgleich sie ausdrücklich anerkennen, daß der Begriff kein völlig bestimmter ist und daß er an und für sich ein verschiedenes Verständniß gestattet. Ueber die Bedenken, welche sich hieraus mit Nothwendigkeit ergeben müßten, setzen sie sich mit der Bemerkung hinweg, daß Wissenschaft und Praxis mit dem Begriffe „einen bestimmten, der Verdeutlichung durch Gesetz sich entziehenden Sinn" verbänden, und daß sich aus der Anwendung desselben für andere Fälle in der Praxis die besorgten Uebelstände in nennenswerther Bedeutung nicht herausgestellt hätten.

Beides ist nicht richtig. Wie schon erwähnt und noch näher gezeigt werden wird, gehen die Ansichten der Schriftsteller über die Bedeutung des Begriffs sehr weit auseinander, ja selbst unter den Anhängern jeder einzelnen der oben erwähnten Theorien stimmen kaum zwei in der Formulirung ihrer Ansicht vollständig überein. Aber auch die Praxis hat, wie noch zu zeigen ist, mit erheblichen Schwierigkeiten bei der Anwendung des Begriffs zu kämpfen, und erscheint es daher im gegenwärtigen Augenblicke, wo die Gesetzgebung ihn auf weitere Gebiete zu übertragen im Begriffe ist, doppelt geboten, seinen gesetzgeberischen Werth genau zu prüfen.

Die neueren Untersuchungen über den Begriff der höheren Gewalt ziehen, soweit sie überhaupt über das Gebiet des römischen receptum hinausgehen, doch fast allgemein nur die modernen, dem Verkehrsrechte angehörenden Anwendungsfälle dieses Begriffs in den Kreis ihrer Betrachtungen. Angesichts der oben dargelegten Ausdehnung des Begriffs der höheren Gewalt über das Gebiet des Verkehrsgewerbes hinaus, muß diese Beschränkung aufgegeben, und es müssen auch die anderen Anwendungsfälle dieses Begriffs mit berücksichtigt werden. Es ist also zu eng, wenn Exner[6]) an die Spitze seiner Untersuchung den Rechtssatz, um dessen Ergründung es sich handelt, „auf eine schematische Gestalt zurückgeführt" folgendermaßen formulirt:

> „Gewisse Unternehmer haften schlechthin für die Unversehrtheit der ihrem Gewerbebetrieb anvertrauten Güter (und beziehungsweise Personen); nur dann sind sie ausnahmsweise ersatzfrei, wenn „höhere Gewalt" den Schaden verursacht hat."

---

[5]) Bd. I S. 317. II S. 585.
[6]) A. a. O. S. 497.

Digitized by Google

Wir müssen vielmehr das Problem, um dessen Lösung es sich handelt, allgemeiner, wie folgt, fassen. Bei der Regelung verschiedener, unter sich ungleichartiger Rechtsinstitute empfindet der Gesetzgeber das Bedürfniß, neben der allgemeinen Unterscheidung von Verschulden und Zufall, aus dem Gebiete des letzteren einzelne Arten auszuscheiden und denselben eine besondere Wirkung beizulegen. Hauptsächlich sind es zwei Gruppen von Rechtsinstituten, bei denen ein solches Bedürfniß hervortritt. Bei der ersten derselben handelt es sich um die Ersatzpflicht für den einem Dritten zugefügten Schaden. Während nach allgemeiner Rechtsregel jede Person für den einer anderen Person zugefügten Schaden nur insoweit haftet, als das beschädigende Ereigniß bezw. seine schadenbringende Wirkung von ihr verschuldet ist, will der Gesetzgeber einzelnen Personen eine weitergehende Haftung auferlegen. Dieselben sollen auch für zufällige Beschädigungen der ihnen anvertrauten oder auch nur sonst mit ihnen in Berührung kommenden Sachen, bezw. Personen haften. Aber diese ihre Haftung soll doch keine ausnahmslose sein, es soll bestimmte Ereignisse geben, auf welche sie sich nicht erstreckt. In ähnlicher Weise sollen in den Fällen der zweiten Gruppe die Nachtheile, welche das Gesetz an die Versäumung einer für gewisse Rechtshandlungen bestimmten Frist knüpft, eine Person zwar im Allgemeinen auch dann treffen, wenn die Versäumung von ihr nicht verschuldet ist, aber auch hier soll für gewisse Hinderungsgründe eine Ausnahme gemacht werden. Diejenigen Ereignisse nun, welche in den Fällen der ersten Gruppe von der Schadensersatzpflicht befreien, in denen der zweiten den Eintritt der an die Fristversäumung geknüpften Rechtsnachtheile auszuschließen geeignet sind, glaubt der Gesetzgeber unter der Bezeichnung „höhere Gewalt" zusammenfassen zu können. Es ist von vornherein klar, daß die Anwendung dieser Bezeichnung als eines allgemein verwendbaren Rechtsbegriffs nur dann eine innere Berechtigung hat, wenn es möglich ist, diejenigen Ereignisse, welche die oben bezeichnete Wirkung haben sollen, für alle in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse nach denselben Gesichtspunkten zu bestimmen. Gelingt dies nur für einzelne dieser Rechtsverhältnisse, für andere dagegen nicht, so würde die Beibehaltung des Begriffs der höheren Gewalt für die ersteren immer noch zulässig, für die letzteren aber entschieden zu verwerfen sein. Zeigt sich dagegen, daß die Bestimmung derjenigen Ereignisse, welche die an sich begründete Haftung für den Zufall bezw. den Eintritt der Folgen zufälliger Versäumniß ausschließen, nur für jedes einzelne Rechtsverhältniß besonders, nach den ihm eigenthümlichen Gesichtspunkten getroffen werden kann, dann wäre die Meinung derjenigen unbedingt gerechtfertigt, welche den ganzen Begriff der höheren Gewalt beseitigt sehen wollen.

Digitized by Google

II.

Da dieſer Begriff dem römiſchen Recht entſtammen und ſchon von dieſem in ſeiner Bedeutung feſt beſtimmt ſein ſoll, ſo läßt es ſich nicht umgehen, auf diejenigen Ausſprüche der römiſchen Quellen, welche den Ausgangspunkt der heutigen Lehre bilden, einen kurzen Rückblick zu werfen. Von einer eingehenderen Behandlung derſelben kann aber hier um ſo mehr abgeſehen werden, als das geſammte Material in den neueren Monographieen über den Gegenſtand wiederholt, theilweiſe mit größter Vollſtändigkeit, zuſammengeſtellt und kritiſch bearbeitet iſt. Als Ergebniß dieſer Unterſuchungen können wir Folgendes hinſtellen: Der Ausdruck vis major wird in einer Anzahl von Stellen, in denen für verſchiedene obligatoriſche Verhältniſſe die Frage erörtert wird, für welche Ereigniſſe der Verſicherte einzuſtehen hat und für welche nicht, theils allein, theils neben anderen Ausdrücken zur Bezeichnung ſolcher Ereigniſſe gebraucht, auf welche die Haftung ſich nicht erſtreckt. Aber das Princip, nach welchem die zu vertretenden und die nicht zu vertretenden Ereigniſſe von einander geſchieden werden, iſt nicht immer daſſelbe. Bald nämlich handelt es ſich in dieſen Stellen nur um den Gegenſatz von culpa und casus, bald um einen Gegenſatz innerhalb des Gebietes des letzteren, indem der Schuldner für einzelne Zufälle haftbar gemacht wird, für andere nicht. In erſterer Beziehung ſind z. B. § 1 J. quib. mod. re contr. obl. II, 14 und l. 30 D. de pign. act. 13,7 zu vergleichen. Die zuerſt genannte Stelle ſagt vom Commodatar:

> sed propter vim majorem majoresve casus non tenetur, si modo non hujus culpa is casus intervenit,

und in der zweiten Stelle heißt es mit Bezug auf ein verpfändetes, beim Anſchwellen des Fluſſes fortgeriſſenes Floß:

> culpam dumtaxat ei praestandam, non vim majorem.

Da unzweifelhaft der Commodatar ſowohl als auch der Pfandgläubiger nur für culpa und nie für casus einzuſtehen haben, ſo ſcheint es, daß in dieſen beiden Stellen der Ausdruck vis major gleichbedeutend mit casus gebraucht iſt. Anders verhält es ſich in l. 3 § 1 D nautae, caupones etc. 4, 9. Hier heißt es zuerſt:

> at hoc edicto omnimodo qui recipit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est,

d. h. alſo der Recipient haftet auch für Zufall; aber die Stelle fährt fort:

> nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

Digitized by Google

Es ist klar, daß es sich hier nicht, wie in den vorher angeführten Stellen, um den Gegensatz von culpa uud casus, sondern um einen Gegensatz innerhalb des letzteren handelt, daß den vom Recipienten zu vertretenden Zufällen eine andere Kategorie gegenübergestellt wird, für welche der Recipient nicht einzustehen hat. Nichtsdestoweniger nöthigen die angeführten und andere ähnliche Stellen nicht unbedingt zu dem vielfach aus ihnen gezogenen Schlusse, daß vis major in ihnen eine ganz verschiedene Bedeutung habe, daß es bald gleichbedeutend mit Zufall im Allgemeinen gebraucht werde, bald eine besondere Art des Zufalls bezeichne. Man muß nur nicht, wenn die römischen Juristen sagen, es sei für culpa einzustehen, aber nicht für vis major, dies dahin verstehen, daß nur vis major von der Haftung befreien solle. Mit dem Wortlaute der betreffenden Stellen ist es sehr wohl vereinbar, anzunehmen, daß in solchen Fällen der engere Ausdruck vis major statt des weiteren Begriffs casus gewählt ist, nicht um die anderen Fälle des casus auszuschließen, sondern um durch ein Beispiel das gesammte Gebiet des letzteren zu repräsentiren. Man ist also nicht genöthigt, zu sagen: vis major wird in einzelnen Stellen völlig gleichbedeutend mit casus gebraucht, sondern man kann mit ebensoviel Recht sagen: da, wo casus schlechthin gemeint ist, wird zuweilen nur eine Art des casus, nämlich die vis major genannt. Ebensowenig aber, wie die Stellen dieser Art etwas gegen die Annahme beweisen, daß die römischen Juristen mit dem Ausdrucke vis major eine bestimmte technische Bedeutung, und zwar immer dieselbe, verknüpft haben, — ebensowenig bietet die oben mitgetheilte Hauptstelle, auf welche diese Annahme sich gründet, irgendwelche ausschlaggebende Anhaltspunkte für die Feststellung einer solchen Bedeutung. Denn auch hier ist keineswegs gesagt, daß nur vis major die Haftung ausschließt, sondern es wird, wie eine Vergleichung des Verhältnisses der einzelnen Sätze dieser Stelle ergiebt, die vis major auch hier nur als Beispiel eines nicht zu vertretenden Zufalls erwähnt, gerade wie vorher naufragium und vis piratarum. Nimmt man aber hiernach an, daß mit dem Ausdrucke vis major auch in der Lehre von receptum die vom Recipienten nicht zu vertretenden Zufälle nicht erschöpfend bezeichnet werden sollen, so verliert die Frage außerordentlich an praktischer Bedeutung, was denn eigentlich die Römer unter vis major verstanden haben.

Daß der Ausdruck bei ihnen eine gewisse technische Bedeutung gehabt hat, wird sich allerdings kaum leugnen lassen. Hierfür spricht entschieden der Ausspruch des Gaius in C. 25 § 6 D. locati 19,2:

vis major, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant,

Digitized by Google

und die von Gerth[7]) vorgeführte Stelle aus Plinius histor. nat. lib. XVIII cap. 69, in welcher gewisse Naturereignisse als vis major bezeichnet werden. Es erscheint nicht als unmöglich, den Ausdruck in l. 3 § 1 D. 4,9 und den anderen oben angeführten Stellen in demselben Sinne zu fassen. Wie dem aber auch sein mag, der Begriff der vis major würde, selbst wenn es gelänge, einen solchen für das römische Recht nachzuweisen, nach Obigem für die Bestimmung der Haftung des Recipienten immer nur einen Anhaltspunkt geben können. Die Grenze der Haftung aber würde, da sie mit derjenigen der vis major nicht zusammenfällt, mit der Feststellung dieses Begriffes noch nicht gegeben sein.

Ebensowenig hilft uns bei der Bestimmung dieser Grenze der Ausdruck damnum fatale, mit welchem anscheinend in l. 3 § 1 l. c. die ganze Kategorie der nicht zu vertretenden Zufälle zusammentreffend bezeichnet werden soll. Denn die Definition, welche von diesem Ausdrucke in l. 52 § 3 D. pro socio 17,2 gegeben wird:

damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia

paßt, wie Goldschmidt[8]) zutreffend bemerkt, auf jeden Zufall.

III.

Muß hiernach die Annahme als nicht zutreffend bezeichnet werden, daß der Begriff der höheren Gewalt, so wie die moderne Wissenschaft und Gesetzgebung ihn sich denkt, vom römischen Recht ausgebildet sei, so ist damit doch gegen die Berechtigung desselben vom wissenschaftlichen sowohl wie vom praktischen Standpunkte noch nichts bewiesen. Im Gegentheil wird sich nicht leugnen lassen, daß ein solcher Begriff auf den ersten Blick vorzüglich geeignet erscheint, dem augenscheinlich vorhandenen Bedürfnisse nach einer Unterscheidung verschiedener Arten von Zufällen zu genügen. Der Ausdruck „höhere Gewalt" erweckt in uns eine unbestimmte Vorstellung von etwas „Höherem", d. h. Uebermenschlichem, entsprechend derjenigen Bedeutung des lateinischen vis major, welche Gaius in der oben erwähnten Stelle durch das griechische θεοῦ βία erläutert. Wir haben bei Anwendung dieses Ausdrucks das unklare Gefühl, daß damit eine objective Eigenschaft der Ereignisse mit hinreichender Deutlichkeit bezeichnet werde. Der Begriff, in diesem Sinne gedacht, hat bei oberflächlicher Betrachtung etwas so Einleuchtendes, anscheinend Einfaches und Natürliches, daß wir uns von ihm unwillkürlich

[7]) a. a. O. S. 26.

[8]) Zeitschr. f. Handelsr. III S. 89.

Digitized by Google

blenden lassen. Sobald wir aber etwas schärfer zusehen und den Versuch machen, diejenigen Ereignisse, welche in diesem Sinne einen Fall höherer Gewalt darstellen sollen, nach objectiven Merkmalen zu bestimmen, drängen sich uns gegen die Möglichkeit einer solchen Bestimmung sofort die erheblichsten Bedenken auf.

Gehen wir mit der gemeinen Meinung davon aus, daß höhere Gewalt eine Art des Zufalls ist, so folgt eigentlich schon aus dieser Unterordnung derselben unter den Begriff des Zufalls, daß nicht objective Eigenschaften es sein können, welche den Ereignissen den Charakter höherer Gewalt aufdrücken. Zufall im rechtlichen Sinne ist nichts Anderes als die Negation von Verschulden. Da aber von einem Verschulden immer nur mit Beziehung auf eine bestimmte Person gesprochen werden kann, so läßt sich auch die Frage, ob ein Ereigniß als Zufall zu betrachten ist, nur mit Beziehung auf eine bestimmte Person, also immer nur subjectiv, niemals objectiv beantworten. Zufall ist Alles, was der Person, um die es sich handelt, nicht als Verschulden angerechnet werden kann. Auf die Art und den Ursprung des betreffenden Ereignisses kommt dabei nichts an. Menschliche Handlungen können ebensowohl Zufall sein, als Naturereignisse. Auch das Verschulden einer Person ist für andere Personen in der Regel Zufall. So wie aber jedes Ereigniß im gegebenen Falle einen Zufall darstellen kann, ebenso giebt es kein Ereigniß, welches schlechthin und unter allen Umständen Zufall wäre. Die thatsächlichen Vorgänge kommen für das Recht überhaupt nur insoweit in Betracht, als sie eine Einwirkung auf Rechte und Rechtsverhältnisse ausüben: nur mit den rechtlichen Wirkungen der Thatsachen hat das Recht es zu thun. Es kommt deshalb, wenn es sich um das Vorhandensein von Zufall oder Verschulden handelt, auch nicht darauf an, ob das Ereigniß selbst, welches die Ursache eines bestimmten rechtlichen Erfolges ist, hätte abgewendet werden können, sondern allein darauf, ob dieser Erfolg von der betreffenden Person bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit abwendbar war. Wird ein an sich zufälliges Ereigniß nur dadurch schädlich, daß ein Verschulden einer Person hinzutritt, so liegt für diese Person kein Zufall vor. Sind hiernach für die Frage, ob ein Ereigniß Zufall ist oder nicht, die objectiven Eigenschaften desselben überhaupt unerheblich, so ergiebt sich daraus weiter, daß eine Unterscheidung verschiedener Arten des Zufalls, welche sich hierauf, also auf etwas rechtlich Unerhebliches gründet, keine wissenschaftliche Berechtigung haben kann. Will man also daran festhalten, daß objective Eigenschaften der Ereignisse es sind, welche dieselben zur höheren Gewalt machen, so ist es allein folgerichtig, die höhere Gewalt überhaupt nicht

Digitized by Google

als eine Art des Zufalls aufzufassen, wie dies auch Exner[9]) in consequenter Festhaltung des von ihm vertretenen objectiven Standpunktes thatsächlich thut. Nach ihm ist die Frage, ob ein bestimmtes Ereigniß höhere Gewalt sei, stets ohne Rücksicht darauf zu beantworten, ob es in concreto abwendbar war; vis major und culpa können nach ihm neben einander bestehen. Dieses Resultat dürfte aber mit den positiven Bestimmungen der einschlagenden Gesetze kaum in Einklang zu bringen sein. Denn diese Gesetze lassen durchweg die Haftung für eingetretene Schäden u. s. w. durch den Nachweis höherer Gewalt schlechthin ausgeschlossen werden, ohne dabei einen Vorbehalt für den Fall zu machen, daß mit einem Falle höherer Gewalt ein Verschulden concurrirt. Hieraus wird man schließen müssen, daß diese Gesetze höhere Gewalt und Verschulden als Begriffe betrachten, welche sich gegenseitig ausschließen.

Aber auch, wenn man von diesen Bedenken ganz absehen will, so erweisen sich doch die Schwierigkeiten, die sich einer objectiven Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt entgegenstellen, als unüberwindlich. Als höhere Gewalt werden allgemein Naturereignisse und unwiderstehliche menschliche Gewaltthaten, wie feindliche Einfälle, Revolutionen und Verbrechen großer und starker Räuberbanden, bezeichnet. Was sind aber Naturereignisse? Fallen hierunter alle Ereignisse außer freien menschlichen Handlungen? Sind also die Thaten eines Wahnsinnigen, eines Kindes Naturereignisse? Oder umfaßt dieser Begriff nur diejenigen Ereignisse, welche überhaupt nicht von Menschenhand verursacht sind? Vielleicht sind als Naturereignisse auch nur die Vorgänge in der unbelebten Natur anzusehen? Es wäre also kein Naturereigniß, wenn ein Rudel wilder Schweine sich einem Eisenbahnzuge entgegenstürzt und denselben zum Entgleisen bringt. Aber selbst zwischen Naturereignissen und Menschenwerk ist die Grenze schwer zu ziehen. Ist es z. B. ein Naturereigniß, wenn durch den langsamen Einsturz eines alten, verlassenen, längst vergessenen Bergwerks schließlich auch der Bahnkörper einer darüber hinführenden Eisenbahn einstürzt, und wenn dadurch ein Eisenbahnunglück herbeigeführt wird? Jedenfalls aber sind nicht alle Naturereignisse höhere Gewalt. Ein heftiger Regenguß, welcher die Ladung eines offenen Eisenbahnwagens durchnäßt und dadurch beschädigt, ist es sicherlich nicht. Es bedarf also noch einer näheren Bestimmung derjenigen Naturereignisse, welche als höhere Gewalt anzusehen sind. Hierzu wird im Allgemeinen das Moment der Unabwendbarkeit herangezogen. Nur unabwendbare Naturereignisse sollen höhere Gewalt sein. Dasselbe

[9]) a. a. O. S. 574.

Digitized by Google

Moment der Unabwendbarkeit soll es auch sein, welches die oben erwähnten menschlichen Gewaltthaten zur höheren Gewalt macht.

Von Unabwendbarkeit kann man aber nur sprechen mit Beziehung auf eine den Ereignissen fremde, ihnen gegenüberstehende Kraft. Diese Kraft kann im vorliegenden Falle nur die menschliche Kraft sein. Da nun aber das Maß und die Stärke dieser Kraft mitbestimmend ist dafür, ob ein Ereigniß abwendbar ist oder nicht, so sind es jedenfalls nicht objective Eigenschaften der Ereignisse allein, durch welche der Begriff der höheren Gewalt bestimmt wird. Aus der maßgebenden Bedeutung, welche der menschlichen Kraft für den Begriff der höheren Gewalt hiernach zukommt, folgt aber zugleich, daß dieser Begriff auch kein absoluter, sondern nur ein relativer sein kann. Ersteres wäre nur möglich, wenn man die Ereignisse danach eintheilen könnte, ob sie für Menschenkraft überhaupt, nicht nur für die Kraft des gerade Betroffenen, abwendbar sind oder nicht. Aber die menschliche Widerstandskraft gegen die von außen kommenden Ereignisse ist nicht etwas Unveränderliches, zu allen Zeiten und unter allen Umständen Gleiches, vielmehr etwas Wandelbares und in steter Veränderung Begriffenes. Es giebt kaum ein Ereigniß, von welchem man sagen kann, daß seine Wirkungen für Menschenkraft absolut unabwendbar sind. Selbst von den sogenannten Elementarereignissen muß dies gelten. Die geistigen Fortschritte der Menschheit befähigen dieselbe in zunehmendem Maße, solchen Ereignissen zu widerstehen, denen gegenüber in früheren Zeiten die Menschenkraft für ohnmächtig galt, und wenn auch nicht die Ereignisse selbst, so doch ihre Schaden bringenden Folgen abzuwenden. An die Wandlung der Anschauungen von der Abwendbarkeit der Blitzgefahr, welche die Erfindung des Blitzableiters herbeigeführt hat, ist schon von Anderen wiederholt erinnert worden. Aber noch andere Beispiele lassen sich anführen. Durch die Fortschritte der Wasserbautechnik, durch rationelles Aufforsten der Quellgebiete unserer Flüsse, läßt sich die Gefahr verheerender Ueberschwemmungen vermindern. Die Vervollkommnung der Einrichtungen unserer meteorologischen Stationen, die schnelle gegenseitige Mittheilung der Beobachtungen und die Erweiterung unserer Einsicht in den Zusammenhang der Witterungsvorgänge hat es schon öfter ermöglicht und wird es wahrscheinlich in zunehmendem Maße ermöglichen, bevorstehende Stürme vorauszusehen und die Schiffer rechtzeitig zu warnen. Auch vulcanische Ausbrüche lassen sich, wie das Beispiel der Beobachtungsstation auf dem Vesuv zeigt, durch Beobachtung mit geeigneten Instrumenten vorher erkennen. Die Folgen derselben werden mithin wenigstens nach einzelnen Richtungen hin abwendbar sein. Eine Verkehrsunternehmung z. B. wird zuweilen

Digitized by Google

in der Lage sein, rechtzeitig Vorkehrungen zu treffen, um Unglücksfälle zu verhindern, welche bei unvorhergesehenem Eintritt des Ausbruchs unvermeidlich sein würden. Noch mehr aber kann bei denjenigen menschlichen Gewaltthaten, welche als Fälle höherer Gewalt anerkannt werden, von absoluter Unabwendbarkeit niemals die Rede sein. Hiernach ist die Unabwendbarkeit immer etwas Relatives, von den gegebenen Umständen und der Widerstandsfähigkeit der gerade betroffenen Personen Abhängiges, und es ist ein Irrthum, wenn man glaubt, mit Hülfe dieses Merkmals den Begriff der höheren Gewalt als einen absoluten und objectiven construiren zu können.

An den im Vorstehenden dargelegten inneren Schwierigkeiten, welche sich einer objectiven Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt entgegenstellen, ist auch der scharfsinnigste Vertreter der objectiven Theorie, Exner, gescheitert. Seine Ausführungen verdienen aber doch eine besondere Betrachtung, nicht nur weil Exner einen ganz selbständigen Weg zur Bestimmung des fraglichen Begriffes einschlägt, sondern noch mehr, weil er denselben aus einem inneren Princip zu entwickeln sucht. Es ist schon oben erwähnt worden, daß er hierbei nur das beschränkte Gebiet gewisser Verkehrsunternehmungen in den Kreis seiner Betrachtungen zieht, und daß sein Begriff der höheren Gewalt nur auf diese zugeschnitten ist. Für dieses beschränkte Gebiet nun sucht Exner in durchaus gerechtfertigter Weise einen gemeinsamen Ausgangspunkt dadurch zu gewinnen, daß er nach dem Zweck der Einführung der gesteigerten Haftung bis zur höheren Gewalt forscht. Den Grund hierfür erblickt er in einem gewissen Beweisnothstande, in welchem der Beschädigte sich dem Unternehmer gegenüber regelmäßig befindet. Nicht nur in Ansehung der Herbeischaffung der Beweismittel, sondern noch mehr in Hinsicht auf die Behauptung der Thatsachen sei der Unternehmer dem Beschädigten gegenüber im Vortheil. Denn der erstere sei regelmäßig in der Lage, die Einzelheiten des Sachverhaltes genauer zu kennen und die ihm günstigen Momente daraus ans Licht zu ziehen. Dieser Uebelstand, welcher auch bei anderen Verhältnissen wiederkehre, dränge sich bei den hier in Betracht kommenden Verkehrsverhältnissen so schreiend auf, daß hier eine Abhülfe dringend geboten erscheine. Das Recht helfe deshalb hier dadurch, daß es die Frage, ob den Unternehmer eine Schuld treffe, ein für allemal ausscheide und dem letzteren eine absolute Haftung auferlege. Eine Ausnahme von dieser Regel sei nur da gerechtfertigt, „wo es nach der Gestaltung des Falles ausnahmsweise keinen Beweisnothstand gebe, und zugleich alle Wahrscheinlichkeit zu Gunsten des Beklagten stehe, d. i. wo der casuelle Charakter des Unfalles prima facie evident sei“. Demgemäß

Digitized by Google

erblickt Exner das Princip der auf höhere Gewalt sich stützenden Einrede in der „Liquidität des Sachverhaltes zu Gunsten des Recipienten". Solche Liquidität ist aber nach ihm nur unter zwei Voraussetzungen anzunehmen. Erstens dürfe die behauptete Ursache des Unfalles nicht innerhalb des Getriebes der beklagten Unternehmung selbst entsprungen sein. Denn in diesem Falle sei immer ein Beweisnothstand wegen Unzugänglichkeit des Thatbestandes vorhanden. Zweitens dürfe der Unfall nicht in solchen mißlichen Zufällen seinen Grund haben, welche im regelmäßigen Verlauf des Lebens und Verkehrs in dieser oder jener Gestalt immer wieder vorzukommen pflegen, vielmehr seien nur solche Unfälle hierher zu rechnen, welche als etwas ganz Außerordentliches erscheinen, weil sie den Rahmen des Gewohnten augenscheinlich und mächtig überschreiten. Nur bei den letzteren sei durch ihre Offenkundigkeit eine Gewähr dafür gegeben, daß ein solches Ereigniß nicht zum Zweck der Vertheidigung erfunden oder wesentlich entstellt werde. Demgemäßt faßt Exner am Schlusse seiner Abhandlung das Ergebniß derselben dahin zusammen:

Höhere Gewalt im Sinne der hier in Betracht gekommenen Rechtsnormen ist ein Ereigniß, welches

1. außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrs-Unternehmung entsprungen, durch Hineinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat und welches
2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Es muß zunächst hervorgehoben werden, daß es auch Exner nicht gelungen ist, den Begriff der höheren Gewalt als einen ganz objectiven und absoluten zu entwickeln; denn durch das Erforderniß zu 1 ist doch wieder ein relatives Moment in die Begriffsbestimmung der höheren Gewalt aufgenommen. Es ist hiernach sehr wohl möglich, daß ein und dasselbe Ereigniß vom Standpunkte zweier verschiedener Verkehrs-Unternehmungen aus für die eine einen Fall höherer Gewalt bildet, für die andere nicht, weil es außerhalb der einen aber innerhalb der anderen entsprungen ist, was nach Exner's Ausführungen eigentlich ausgeschlossen sein soll. Gegen Exner's Definition ist ferner einzuwenden, daß das Erforderniß der äußeren Herkunft des beschädigenden Ereignisses, so wie er es auffaßt, zu Consequenzen drängt, welche uns als unannehmbar erscheinen müssen. Es widerstrebt unserem Gefühl, die Vernichtung einer

Digitized by Google

Schiffsladung durch die Explosion einer unter falscher Declaration aufgenommenen sogenannten Thomasuhr, den plötzlich ausbrechenden Wahnsinn eines Kellners, welcher einen Gast beschädigt, den Schlaganfall eines Locomotivführers, in dessen Folge die steuerlose Maschine den Zug in den Abgrund reißt, um deswillen nicht als höhere Gewalt anzusehen, weil sie sich innerhalb des Betriebskreises des Unternehmens abspielen. Daß es zwar höhere Gewalt sein soll, wenn der Blitz den Locomotivführer erschlägt, nicht aber, wenn ihn ohne jedes Vorzeichen mitten in seiner Thätigkeit der Schlag trifft, das kann uns nicht einleuchten. Hierüber kann uns auch der Vortheil unbedingter Sicherheit der Handhabung, welchen der Exner''sche Begriff dem Richter nach der Ansicht seines Urhebers bieten soll, nicht hinweghelfen. Aber auch dieser Vortheil ist keineswegs in dem Maße vorhanden, wie Exner annimmt. Denn der zweite Theil seiner Begriffsbestimmung trägt bei Weitem nicht diejenige Bestimmtheit an sich, welche zu einer unbedingt sicheren Handhabung erforderlich wäre. Es ist zu befürchten, daß bei praktischer Anwendung dieser Definition die Ansichten darüber, welche Zufälle im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigen sind und welche nicht, ziemlich weit auseinander gehen werden. Denn es hängt hauptsächlich vom subjectiven Ermessen ab, ob man ein Ereigniß als etwas Außergewöhnliches anerkennen will. Für gewisse Fälle wird allerdings hierüber keine Meinungsverschiedenheit aufkommen können. In denjenigen Fällen aber, welche an der Grenze liegen, d. i. gerade in denjenigen, welche hauptsächlich der richterlichen Entscheidung unterbreitet werden, würden voraussichtlich die Urtheile sehr verschieden ausfallen. So wird man denn auch Exner keineswegs darin beistimmen können, daß seine Definition es dem Richter ermöglicht, „die Entscheidung auf eine feste Begriffsnorm, anstatt auf individualisirende Billigkeit" zu stellen. Sie überläßt vielmehr dem Ermessen des Richters gerade so viel, als wenn sie ihn auf die letztere verwiese. Der Grund für das unbefriedigende Ergebniß der Exner'schen Untersuchung liegt in der einseitigen Uebertreibung seines Grundgedankens, daß ein Beweisnothstand des Geschädigten der Grund für die Einführung der Haftung bis zur höheren Gewalt sei. Mag dieses Moment auch bei einzelnen Rechtsverhältnissen zur Einführung der strengen Haftung mitgewirkt haben, der alleinige Grund derselben kann es unmöglich gewesen sein. Das Vorhandensein eines Beweisnothstandes kann wohl dazu führen, dem Benachtheiligten durch Präsumtionen und Beweisregeln zu Hülfe zu kommen oder dem präsumtiv Ersatzpflichtigen die Gefahr des Beweises insofern aufzuerlegen, daß bei nicht völliger Klarstellung des Sachverhaltes zu seinen Ungunsten zu entscheiden ist, auch wenn an sich

Digitized by Google

ein Verschulden nicht erhellt. Aber ihm schlechthin die Haftung für Zufall aufzuerlegen, nur um ihn auch sicher in allen Fällen des Verschuldens zu treffen, das hieße, das Kind mit dem Bade ausschütten. Dazu kommt, daß auch diejenigen Ereignisse, die Exner als höhere Gewalt anerkennt, keineswegs eine unbedingte Gewähr gegen eine Verdunkelung des Thatbestandes bieten. Im Gegentheil werden bekanntermaßen gerade solche außerordentliche Ereignisse besonders häufig zur Verdeckung von Unredlichkeiten ausgenutzt. Aus allen diesen Gründen muß auch Exner's Versuch einer objectiven Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt als mißlungen angesehen werden.

IV.

Den im Vorstehenden dargelegten Schwierigkeiten, welche sich einer objectiven Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt entgegenstellen, entgeht die subjective oder relative Theorie wenigstens theilweise. Vor Allem ermöglicht dieselbe es, daran festzuhalten, daß die höhere Gewalt eine Art des Zufalls, nicht ein selbständiger, zum Zufall in keiner Beziehung stehender Begriff ist. Dennoch muß die relative Theorie daran scheitern, daß es unmöglich ist, verschiedene Arten des Zufalls zu unterscheiden. Zufall im rechtlichen Sinne ist, wie schon oben gesagt wurde, die Negation von Verschulden, d. h. Alles, was im gegebenen Falle von der in Betracht kommenden Person durch Aufwendung der diligentia boni patris familias nicht abzuwenden ist. Der Begriff des Zufalls wird also ausschließlich durch den der diligentia boni patris familias bestimmt. Eine Unterscheidung verschiedener Arten des Zufalls ließe sich mithin auch nur darauf gründen, daß es noch andere Arten von Sorgfalt giebt. Hiervon gehen denn auch die Vertreter der relativen Theorie thatsächlich aus. Sie verlangen von demjenigen, welcher die Gefahr des Zufalls bis zur höheren Gewalt trägt, die Aufwendung einer Sorgfalt, welche über die gewöhnliche hinausgeht, und definiren demgemäß die höhere Gewalt als den auch durch solche gesteigerte Sorgfalt nicht abwendbaren Zufall. So verschieden aber diese gesteigerte Sorgfalt auch bestimmt werden mag, so wird es doch niemals gelingen, die Bedenken zu überwinden, welche gegen den Begriff des diligentissimus von jeher geltend gemacht worden sind und zur fast allgemeinen Verwerfung dieses Begriffs geführt haben. Gewiß läßt sich eine über die diligentia boni patris familias hinausgehende Sorfalt denken, es wird sogar eine große Anzahl vorsichtiger Menschen geben, welche beständig eine solche gesteigerte Sorgfalt anwenden, und es ist noch nicht Jeder, der dies thut, ein Pedant oder Narr zu nennen. Nichtsdestoweniger ist für die juristische Betrachtung allein der Begriff

Digitized by Google

der diligentia boni patris familias verwerthbar. Denn die darüber hinausgehende Sorgfalt hat wohl einen Anfang, aber kein Ende. Sie beginnt da, wo die gewöhnliche Sorgfalt aufhört, aber es ist unmöglich, zu sagen, wo sie endet. Denn es läßt sich keine Vorsicht denken, die nicht von einem noch vorsichtigeren Menschen überboten werden könnte. Soll es nicht eine leere Phrase sein, wenn man von Jemand eine außergewöhnliche oder die „äußerste", „höchste" oder „denkbar höchste" Sorgfalt oder die „Aufwendung aller Kräfte, welche dem Menschen überhaupt zu Gebote stehen", verlangt, dann muß man, um ein vom Reichsgericht gebrauchtes Beispiel zu wählen,[10]) dem Eisenbahn-Unternehmer die Pflicht auferlegen, die ganze Eisenbahnstrecke auf beiden Seiten mit Mauern zu versehen oder derartig mit Wächtern zu besetzen, daß es unmöglich ist, die Schienen zu überschreiten oder sich beim Herannahen des Zuges auf dieselben zu werfen. Daß dies bei Aufwendung aller Kräfte, welche dem Menschen überhaupt zu Gebote stehen, möglich ist, wird Niemand leugnen. Versucht man aber diese äußerste Sorgfalt in einer Weise zu begrenzen, welche derartige Consequenzen ausschließt, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß man die äußerste „vernünftigerweise" zu erwartende Sorgfalt fordert. Und damit ist man wieder bei der diligentia boni patris familias angelangt. So ergeht es allen Vertretern der relativen Theorie. Wenn z. B. Dernburg sagt, wer das Gewerbe eines Wirthes oder Frachtführers betreibe, der solle dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen treffen, um diejenigen, welche mit ihm contrahiren oder auch Dritte gegen Schaden zu sichern, falls er denselben vernünftiger Weise voraussehen und ihm zweckmäßiger Weise begegnen konnte; so ist dies nichts anderes, als eine Definition der diligentia boni patris familias mit besonderer Beziehung auf das Gewerbe des Wirthes oder Frachtführers. Denn ein Wirth oder Frachtführer, welcher einen Schaden, den er vernünftiger Weise voraussehen, und dem er zweckmäßiger Weise begegnen konnte, nicht abwendet, der handelt nicht so, wie ein ordentlicher Wirth oder Frachtführer handeln muß; ihn trifft der Vorwurf, die gewöhnliche Sorgfalt außer Acht gelassen zu haben. Ganz dasselbe gilt von den Ausführungen von Hahn's,[11]) welcher unter höherer Gewalt im Sinne des Art. 395 des Handelsgesetzbuchs diejenigen äußeren Ereignisse versteht, deren schädigende Einwirkung auf das Gut durch Vorkehrungen, welche zu dem durch dieselben zu erreichenden Erfolge nach allgemeinen Verkehrs-

[10]) Entscheidungen Bd. 21 S. 17.

[11]) Commentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Bd. II S. 600.

Digitized by Google

anschauungen in vernünftigem Verhältniß stehen, nicht vermieden werden kann. Zu solchen Vorkehrungen wird man den Frachtführer schon nach den allgemeinen Grundsätzen der locatio conductio für verpflichtet erachten; eine Unterlassung derselben ist culpa und nichts anderes.

Diese völlige Identifizirung von höherer Gewalt und Zufall läßt sich bei allen Vertretern der relativen Theorie nachweisen, so verschieden auch die Formulirung sein mag, durch welche sie zu verdecken versucht wird. Am klarsten aber tritt sie in der Praxis der höchsten Gerichtshöfe hervor, soweit dieselbe sich mit Entschiedenheit auf den Boden dieser Theorie stellt. In denjenigen Entscheidungen, in welchen die Frage, ob höhere Gewalt vorliegt, durch ein Zurückgreifen auf die „äußerste" Sorgfalt zu lösen versucht wird, da wird der Unterschied zwischen den Begriffen „Zufall" und „höhere Gewalt" nur noch dem Namen nach aufrecht erhalten, in Wirklichkeit aber werden beide Begriffe als gleichbedeutend behandelt. Sehr lehrreich sind nach dieser Richtung hin zwei Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, welche einen ganz gleichliegenden Thatbestand betreffen. In beiden handelt es sich um die Haftung des Frachtführers für den Verlust von Waaren, welche bei einem auf dem Bahnhof der österreichischen Südbahn zu Triest stattgehabten Brande zerstört waren. In dem ersten Urtheil [12]) wird die höhere Gewalt „als ein unter den gegebenen Verhältnissen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehrendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereigniß" definirt, und es wird zur Substanziirung des fraglichen Einwandes ohne nähere Begründung die Behauptung für ausreichend erachtet, daß ein großer Brand, welcher die Magazine der Südbahn bezw. das auf dem Bahnhofe befindliche Zollmagazin zerstört habe, die Ursache des Verlustes der Waaren gewesen sei. Dem gegenüber wird sogar von dem Kläger der Gegenbeweis des Vorhandenseins einer Schuld des Beklagten verlangt. In dem anderen Urtheile [13]) wird das Vorhandensein höherer Gewalt mit der Begründung geleugnet, daß „die Magazinirung feuergefährlicher Waaren in nicht gewölbten oder sonst gegen die Ausbreitung des Feuers nicht herkömmlicherweise gesicherten und sichernden Räumen als Außerachtlassung der angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden „äußersten Sorgfalt" erscheine". Man braucht hier nur das Wort „äußersten" fortzulassen, und der Satz ist darum nicht weniger richtig. Alsdann zeigt sich aber unzweifelhaft, daß im gegebenen Fall Verschulden vorlag. In dem ersten

[12]) Entscheidungen Bd. 2 S. 247 ff.
[13]) Ebenda Bd. 8 S. 27 ff.

Digitized by Google

Falle dagegen wird man zwar zugeben müssen, daß ein Zufall vorlag. Wodurch aber dieser Zufall sich von anderen Zufällen derartig unterscheidet, daß er als höhere Gewalt zu betrachten ist, das ist nicht erfindlich. Noch bezeichnender für die Unhaltbarkeit der relativen Theorie ist aber folgendes Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts. [14]) Auf der Lippe war ein Schiff bei sehr hohem Wasserstande durch die damals ungewöhnliche Gewalt eines im Fahrwasser befindlichen Strudels quer gelegt, überfluthet und zum Sinken gebracht. In Uebereinstimmung mit dem Appellationsgericht hat das Reichsoberhandelsgericht das Vorhandensein höherer Gewalt angenommen auf Grund der Feststellung, daß der ungewöhnlich hohe Wasserstand der Lippe die Weiterfahrt an sich weder untersagt noch unräthlich gemacht habe, und daß die in Folge des hohen Wasserstandes außerordentlich erhöhte Gewalt des der Schiffsmannschaft bekannten Strudels nicht vorhersehbar oder durch menschliche Kraft überwindlich gewesen sei. Diese Entscheidung würde richtig sein, wenn in dem betreffenden Falle nur nach dem Vorhandensein von Schuld oder Zufall zu fragen gewesen wäre. Hätte aber das Reichsoberhandelsgericht hier einmal mit dem Verlangen einer „äußersten", über die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers hinausgehenden Vorsicht Ernst machen wollen, so hätte es sicherlich zu dem entgegengesetzten Resultate gelangen müssen. Denn die „äußerste" Vorsicht, wenn anders dieselbe wirklich etwas von der gewöhnlichen Sorgfalt Verschiedenes ist, hätte es entschieden geboten, daß der Schiffer sich nicht mit seinem Schiff in die Gefahr des Strudels begeben hätte.

In den zum deutschen Haftpflichtgesetz ergangenen Entscheidungen tritt dieser Mangel weniger hervor, weil hier, wenn das Vorhandensein höherer Gewalt geleugnet wird, dies meistens aus dem Grunde geschieht, daß die gefährdende Natur des Unternehmens selbst niemals höhere Gewalt sein könne. Sobald aber hier einmal mit dem Begriffe der „äußersten" Sorgfalt operirt wird, ist das Ergebniß regelmäßig dasselbe wie in den bisher betrachteten Fällen. Besonders tritt dies in dem schon erwähnten Urtheile des Reichsgerichts vom 23. März 1888 [15]) hervor, in welchem der erkennende Senat sich ausdrücklich zu der relativen Theorie bekennt. Ein dreijähriges Kind war durch einen im Schritt fahrenden Pferdebahnwagen überfahren worden, als es beim Spielen plötzlich von der Seite herkommend zwischen Pferde und Wagen lief. Ein Verschulden der Bahn oder des Kutschers war hier gewiß ausgeschlossen. Aber zu der Annahme, daß der Unfall auch „mit Aufbietung der äußersten Vor-

[14]) Entsch. Bd. 8 S. 159 ff.
[15]) Entsch. Bd. 21 S. 13 ff.

Digitized by Google

ſicht und Sorgfalt und Aufwendung aller Kräfte, welche dem Menſchen überhaupt zu Gebote ſtehen" (!) nicht abwendbar war, gelangt das Reichsgericht nur durch die Unterſtellung, daß hierbei doch nur ſolche Mittel in Betracht kommen, deren Anwendung überhaupt möglich iſt, ohne den wirthſchaftlichen Erfolg des Unternehmens vollſtändig auszuſchließen.

Am meiſten aber zeigt ſich die völlige Unmöglichkeit des Operirens mit dem Begriff der äußerſten Sorgfalt in den zu § 211 der Civilproceßordnung ergangenen Entſcheidungen des Reichsgerichts. Hier iſt der Wiedereinſetzungsantrag ſtets für begründet erachtet worden, wenn nur kein Verſchulden des Säumigen und ſeines Vertreters vorlag. Vielfach wird nicht einmal der Schein, als ob der „unabwendbare Zufall" etwas anderes ſei, als gewöhnlicher Zufall, mehr aufrecht erhalten. So ſagt das Reichsgericht in einem Urtheile vom 23. December 1886[16]) wörtlich:

> War die Partei bei Anwendung der von ihr in ihren Rechtsangelegenheiten vernünftigerweiſe zu erwartenden Sorgfalt in der Lage anzunehmen, daß die übrige Zeit zur Wahrung der Nothfriſt ausreichen würde, ſo iſt zu ihren Gunſten das Vorhandenſein eines unabwendbaren Zufalles im Sinne des § 211 anzunehmen,

und ähnliche Wendungen finden ſich auch ſonſt.[17]) Andererſeits wird man in allen Fällen, wo die Wiedereinſetzung vom Reichsgericht abgelehnt iſt[17a]), auch zur Annahme eines Verſchuldens gelangen müſſen, wenn man erwägt, daß die Sorgfalt eines ordentlichen Geſchäftmannes je nach der Wichtigkeit der Angelegenheit, um die es ſich handelt, auch eine verſchiedene zu ſein pflegt. Man braucht noch nicht zum Begriff der äußerſten Sorgfalt zu greifen, um da, wo die Einhaltung einer Nothfriſt in Frage ſteht, einen ſtrengeren Maßſtab anzulegen, als wenn es ſich um andere weniger wichtige Dinge handelt.

V.

Das Ergebniß der bisherigen Betrachtungen iſt ein ausſchließlich negatives. Wir haben geſehen, wie keine der beiden Theorien, welche ſich bisher in die Herrſchaft getheilt haben, ſich zur Conſtruction eines Begriffs der höheren Gewalt als zureichend erweiſt. Fragen wir nun weiter, ob es vielleicht noch einen anderen Weg giebt, um dieſes Ziel zu erreichen, ſo werden wir hierauf nicht unbedingt eine verneinende Antwort

---

[16]) Entſcheidungen Bd. 17 S. 389 ff.

[17]) Vgl. Entſcheidungen Bd. 8 S. 375. Bd. 10 S. 362.

[17a]) Vgl. Eniſch. Bd. 3 S. 440, Bd. 4 S. 384, Bd. 16 S. 365.

Digitized by Google

geben können. Der Ausgangspunkt könnte nur derselbe sein, den auch Exner in durchaus zutreffender Weise für seine Untersuchung gewählt hat, nämlich der innere Grund derjenigen Gesetzesbestimmungen, in denen der Begriff der höheren Gewalt eine Rolle spielt. Wir müssen versuchen, diesen Grund für jedes einzelne der hier in Betracht kommenden Rechtsinstitute aufzufinden. Gelangen wir dabei zu dem Ergebnisse, daß dem Vorgehen des Gesetzgebers in allen diesen Fällen ein gemeinsames Princip zu Grunde liegt, dann müßten sich auch diejenigen Zufälle, deren Gefahr die in Betracht kommende Person zu tragen hat bezw. nicht zu tragen hat, für alle diese Fälle nach einem und demselben Gesichtspunkte bestimmen lassen, und es wäre hiermit in der That eine genügende Grundlage für die Bezeichnung der letzteren mit einem gemeinsamen Namen gegeben. Ob hierfür gerade der Ausdruck „höhere Gewalt" ein besonders bezeichnender und glücklich gewählter sein würde, das wäre eine Frage von verhältnißmäßig untergeordneter Bedeutung, aus deren Verneinung sich gegen die Anwendung dieses einmal eingedrungenen Ausdrucks doch kaum sehr erhebliche Bedenken ergeben würden.

Im Folgenden soll nun der Versuch gemacht werden, diesen soeben gekennzeichneten Weg einzuschlagen. Es erscheint fast als selbverständlich, daß wir dabei mit dem Ausgangspunkte der ganzen Lehre, dem receptum der Schiffer, Gast- und Stallwirthe den Anfang machen.

Als Grund des Edicts, welches den letzteren die Haftung für den Zufall auferlegt hat, giebt Pomponius [18]) die Unehrlichkeit dieser Art Menschen an, welche der Prätor habe unschädlich machen wollen. In ähnlicher Weise sagt Ulpian,[19]) ohne diese Vorschrift würde den genannten Gewerbetreibenden Gelegenheit gegeben werden, mit den Dieben gemeinschaftliche Sache zu machen. Einen unumstößlichen Beweis dafür, daß dies die wirkliche Veranlassung der Einführung des Edicts gewesen sei, wird man in diesen Aeußerungen des Juristen zwar nicht erblicken können. Aber so völlig von der Hand zu weisen, wie Exner [20]) es thut, ist diese Erklärung doch nicht. Warum sollten denn die römischen Schiffer und Gastwirthe nicht wirklich vielfach Betrüger und Genossen von Dieben gewesen sein? Daß aber in der That der römische Prätor „hoc genus hominum" nicht mit besonderem Wohlwollen betrachtet hat, ergiebt sich auch daraus, daß gegen dieselben wegen der durch ihre Leute verübten Entwendungen sogar eine Strafklage gegeben ist. Diese Erwägungen

[18]) L. 3 § 1 D. 4, 9.
[19]) L. 1 § 1 eodem.
[20]) A. a. O. S. 535.

Digitized by Google

machen es in hohem Grade wahrscheinlich, daß der von den Juristen angegebene Grund für die Einführung des Edicts der richtige ist. Damit ist es sehr wohl vereinbar, daß, wie Goldschmidt ausführt, schon vor dem Edict bei den betreffenden Verhältnissen ein besonderes Garantieversprechen gebräuchlich gewesen ist, worauf die Worte „salvum fore recipere“ allerdings hindeuten. Man wird aber nicht fehl gehen, wenn man annimmt, daß dieses Versprechen dem Gläubiger vor dem Erlaß des Edicts dennoch vielfach nicht genügenden Schutz gewährte, und daß die hierbei zu Tage getretenen Uebelstände dem Prätor Veranlassung gegeben haben, über die Wirkung des Versprechens eine besondere Bestimmung zu treffen. Die Haftung auf Grund des Edicts scheint anfangs eine unbedingte für jeden Verlust und jede Beschädigung der recipirten Sachen gewesen zu sein. Wie lange dieser Zustand gedauert hat, wird sich kaum sagen lassen. Zur Zeit des Labeo war es jedenfalls bereits geltendes Recht, daß dem Recipienten bei gewissen Zufällen eine exceptio gegeben wurde. Wie sich aber die Grenze der Haftung des Recipienten hiernach gestaltete, dafür stehen uns, wie schon oben hervorgehoben, sichere Aussprüche der Quellen nicht zur Seite. Unzweifelhaft bezeugt ist uns nur die unbedingte Haftung für die eigenen Leute und die Passagiere. Wie weit sich die Haftung darüber hinaus noch erstreckt hat, läßt sich mit Bestimmtheit nicht feststellen. Aber einen gewissen Anhalt hierfür bietet doch die Verweisung der Quellen auf die Haftung für custodia.[21]) Dieselbe gestattet einen Rückschluß darauf, daß die römischen Juristen die Haftung ex recepto und die Haftung für custodia, wenn auch nicht für genau das Gleiche, so doch für etwas sehr Aehnliches gehalten haben. Ueber den Umfang der Haftung für custodia besteht nun allerdings auch bei weitem keine Uebereinstimmung, darüber sind aber doch Alle einig, daß darunter die Haftung für Diebstahl begriffen ist, ja daß diese Haftung etwas der Uebernahme der custodia Eigenthümliches ist. Ob die letztere sich noch weiter erstreckt hat, kann hier dahingestellt bleiben, denn vom Recipienten ist es uns ausdrücklich bezeugt, daß er non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur.[22]) Das Maß dieser Haftung für damnum aber kann uns wieder nur die Analogie der custodia liefern. Gerade wie der zu letzterer Verpflichtete nur für furtum, also für heimliche im Gegensatz zur gewaltsamen Entwendung haftet,[22a]) gerade so wird der Recipient auch nur für heimliche Beschädigungen durch dritte Per-

[21]) Vgl. z. B. L. 5 pr. D. 4, 9.

[22]) L. 5 § 1 eodem.

[22a]) „quia custodia adversus vim parum proficit“ L. 31 pr. D de A. E. V. 19, 1.

Digitized by Google

sonen, nicht für gewaltsame Handlungen gehaftet haben. Hieraus ergiebt sich als Inhalt der Haftung ex recepto für das römische Recht neben der unbedingten Haftung für alle Handlungen der eigenen Leute und der Passagiere, die Haftung für Diebstahl und beschädigende Handlungen Dritter, soweit dieselben nicht mit Gewalt gegen den Recipienten verübt sind.

Diese Art der Haftung hat aber auch, wenn man von dem Ursprung des betreffenden Edicts ganz absieht, eine von den besonderen Zeitverhältnissen unabhängige, noch für heutige Zeiten anzuerkennende innere Berechtigung. Zum Theil allerdings erscheint die Haftung des Recipienten uns überhaupt nicht mehr als etwas Ausnahmsweises. Denn das moderne Recht hält an dem Satze, daß der Principal für seine Gehülfen nur bei culpa in eligendo haftet, nicht mehr allgemein fest, vielmehr drängt die Rechtsentwicklung dahin, demjenigen, welcher sich bei der Erfüllung contractlich übernommener Verpflichtungen fremder Gehülfen bedient, allgemein eine Haftung für diejenigen Versehen aufzuerlegen, welche von diesen seinen Gehülfen bei Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangen werden. Insbesondere bei allen Verträgen über ein opus, also auch beim Frachtvertrage, erscheint uns diese Haftung des Principals für seine Gehülfen als etwas schon aus dem Wesen dieser Verträge Folgendes. Bei denjenigen Verhältnissen aber, um die es sich hier handelt, reicht diese Haftung allein noch nicht aus. Die besondere Lage, in welcher das Publicum sich bei denselben befindet, erfordert einen noch weitergehenden Schutz. Wer einen Gasthof benutzen muß, der kann nicht die Sachen, die er mit sich führt, beständig unter eigener Aufsicht behalten oder durch Andere beaufsichtigen lassen. Er ist nicht nur gezwungen, dem Wirthe und seinem Personal ein großes Vertrauen entgegenzubringen, sondern er hat es auch nicht in seiner Gewalt, dritten Personen, z. B. den anderen im Gasthofe Wohnenden und den ein- und ausgehenden Fremden den Zutritt zu seinen Sachen zu verschließen. Diese Zugänglichkeit der Effecten der Reisenden für dritte Personen bildet eine mit dem Aufenthalt in einem Gasthofe verbundene besondere Gefahr. Eine Haftung des Gastwirths nur für eigenes Verschulden und die oben bezeichneten Versehen seiner Angestellten würde dem Gast nicht viel nützen, weil bei den eigenthümlichen Verhältnissen im Gasthofsbetriebe auch durch Aufbietung aller gebotenen Sorgfalt von Seiten des Wirths und seines Personals zahlreiche Schäden nicht zu vermeiden sein werden. Es liegt deshalb ein dringendes Bedürfniß des Verkehrs vor, den Gastwirth unter Umständen auch ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden haften zu lassen. Bei der näheren Bestimmung der

Digitized by Google

demſelben hiernach aufzuerlegenden Haftung für Zufälle iſt der Beweisnothſtand, in dem der Gaſt ſich hinſichtlich der Entſtehungsurſache des Schadens in der Regel befindet, gewiß nicht außer Acht zu laſſen. Es iſt nur ein Irrthum Exner's, wenn er die ganze Haftung des Recipienten auf dieſen Geſichtupunkt zurückführen will. Es folgt hieraus nur, daß der Gaſtwirth unter allen Umſtänden eine beſtimmte Entſtehungsurſache des Schadens nachweiſen muß, ſofern nur der Schaden ein ſolcher iſt, für den er möglicherweiſe einzuſtehen haben könnte. Iſt er nicht in der Lage, eine ſolche Urſache des Schadens, für welche er nicht haftet, überzeugend darzuthun, ſo muß er allerdings den Schaden erſetzen. Aus dem Vorhandenſein eines Beweisnothſtandes kann aber niemals gefolgert werden, daß auch derjenige zum Schadenserſatz verpflichtet iſt, welcher nicht nur die Urſache des Schadens, ſondern auch zugleich ſeine völlige Schuldloſigkeit unzweifelhaft nachweiſt. Um dies zu rechtfertigen, dazu bedarf es anderer Gründe. Im vorliegenden Falle iſt es die Rückſicht auf die Sicherheit des Verkehrs in Gaſthöfen, welche auf eine Steigerung der Haftung des Wirths hinführt. Dieſe Rückſicht gebietet es, daß der Reiſende ſich nicht an andere Perſonen verweiſen zu laſſen braucht, ſondern ſich ſtets an ſeinen Gegencontrahenten halten kann. Dem letzteren muß es überlaſſen bleiben, ſich gegen die ihm dadurch erwachſenden Nachtheile zu ſichern. Hierin liegt auch keine übermäßige Härte. Denn, wenn der Wirth in einem gewiſſen Umfange für die Handlungen anderer Perſonen einzuſtehen hat, ſo pflegt darin für ihn ein ſehr wirkſamer Antrieb zur Aufrechterhaltung einer ſtrengen Hausordnung und zu unnachſichtigem Einſchreiten gegen ſeine Angeſtellten zu liegen. Dies wird in der Regel den Erfolg haben, daß Entwendungen und Beſchädigungen der von den Reiſenden eingebrachten Sachen verhältnißmäßig ſelten vorkommen. Denn wenn jeder Angeſtellte ſich keinen Augenblick ſicher fühlt, wenn er fortwährend beaufſichtigt zu werden und für ſeine Handlungen unnachſichtig zur Rechenſchaft gezogen zu werden befürchten muß, ſo hält ihn dies nicht nur von eigenen Unregelmäßigkeiten ab, ſondern veranlaßt ihn auch zu ſchärferem Aufpaſſen gegenüber Anderen. Eine weitgehende Haftung des Gaſtwirths bewirkt alſo nicht nur, daß der Geſchädigte unter allen Umſtänden ſeinen Schaden erſetzt bekommt, ſondern noch mehr, daß die Zahl der Schäden überhaupt abnimmt, und erweiſt ſich hierdurch als ein vorzügliches Mittel zum Schutze des Publicums. Eſt iſt daher durchaus zutreffend, wenn Exner[23]) die Haftung ex recepto mit den Wirkungen der actio de effusis et ejectis

[23]) a. a. O. S. 540.

Digitized by Google

vergleicht. In beiden Fällen bezwecken die betreffenden Bestimmungen nicht nur den Schadensersatz zu sichern, sondern mehr noch, Schäden zu verhüten. Hiermit ist zugleich die Grenze für die Haftung des Gastwirths gegeben. Wenn man den letzteren nicht in die Rolle eines Versicherers hineindrängen und ihn hierdurch in ungerechtfertigter Weise beschweren will, so darf seine Haftung nicht weiter erstreckt werden, als einerseits die oben dargelegte Gefahr für die Sachen des Gastes reicht, und andererseits eine beständige Aufsicht Schutz zu gewähren im Stande ist. Die Haftung des Gastwirths ist hiernach, soweit sie über eigenes Verschulden desselben hinausreicht, ausschließlich eine Haftung für andere Personen. Weitaus das Wichtigste dabei ist die Haftung für Diebstahl, ohne Unterschied, ob derselbe von einem Angestellten des Wirths oder einem Fremden begangen ist. De lege ferenda möchte es vielleicht sogar für genügend erachtet werden können, es hierbei bewenden zu lassen. Denn die Gefahr einer Beschädigung der in den Gasthof eingebrachten Sachen ist eine verschwindend geringe gegenüber derjenigen des Diebstahls. Jedenfalls aber darf die Haftung des Gastwirths, abgesehen von den Versehen seiner Angestellten bei Verrichtung ihrer Obliegenheiten, nicht über den Kreis derjenigen Beschädigungen erstreckt werden, welche gerade darin ihren Grund haben, daß die Sachen des Reisenden für Andere zugänglich sind und nicht unter einer beständigen Aufsicht gehalten werden können. Es werden daher nur diejenigen vorsätzlichen und fahrlässigen Handlungen Fremder, sowie diejenigen vorsätzlichen Beschädigungen seitens der eigenen Angestellten von dem Gastwirth zu vertreten sein, welche speciell gegen die Sachen der Reisenden gerichtet sind, und auch diese nur, sofern sie durch Vorhandensein einer besonderen Aufsicht verhindert worden wären. Die Haftung ex recepto wird also z. B. dann nicht einzutreten haben, wenn in Folge einer Brandstiftung der ganze Gasthof in Flammen aufgeht und hierbei auch Sachen der Reisenden vernichtet werden. Dabei kann kein Unterschied gemacht werden, je nachdem die Brandstiftung von einem Angestellten des Gastwirths oder von einem Fremden ausgeht. Denn es wäre ungerecht, den Gastwirth da haften zu lassen, wo die beschädigende Handlung sich zugleich gegen ihn selbst richtet und wo er der am meisten Geschädigte ist. Ebenso wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn die Haftung des Gastwirths für seine Angestellten in dem Sinne zu einer unbedingten gemacht würde, daß sie sich, wie Exner es will, auch auf Wahnsinnsanfälle dieser Personen erstreckte. Denn der Wahnsinn einer Person ist in demselben Sinne ein Zufall für alle Anderen, wie Aufruhr, Krieg und Wolkenbrüche. Es wäre unbillig, die Folgen davon von einer Person

Digitized by Google

auf eine andere abzuwälzen. Muß doch einmal Einer unter den Folgen eines solchen Zufalles leiden, so ist es jedenfalls richtiger, auch den Zufall bestimmen zu lassen, wer dies sein soll. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus gelangt man ferner in dem Exner'schen Fall von der einstürzenden Zimmerdecke, welche die Uhr des Gastes zertrümmert, zu der gewiß sachgemäßen Entscheidung, daß hier der Gastwirth nur bei eigenem Verschulden haftet. Es möchte sich ja vielleicht rechtfertigen lassen, allgemein den Eigenthümer eines Hauses für jeden durch einen solchen Einsturz herbeigeführten Unfall schlechthin haften zu lassen, ohne Unterschied, ob das Haus ein Gasthof ist oder nicht. Solage das Recht aber diesen Grundsatz nicht für alle Hauseigenthümer aufstellt, liegt keine Veranlassung vor, dem Gastwirth allein ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden eine derartige Haftung aufzuerlegen. Denn ein solcher Zufall kann in jedem Hause vorkommen, im eigenen wie in einem fremden, in einem Restaurant, dessen Besitzer nicht den Regeln des receptum unterworfen ist, so gut wie in einem Gasthofe. Vor allen Dingen aber wäre es nicht einzusehen, warum der Gasthofsbesitzer zwar zum Ersatze verbunden sein soll, wenn die einstürzende Zimmerdecke die Uhr des Gastes zertrümmert, nicht aber, wenn sie den letzteren selbst zum Krüppel macht. Die Unversehrtheit der Person verdiente doch sicherlich mindestens denselben Schutz, als die des Eigenthums.

Aehnlich wie beim Gasthofsbetriebe liegt die Sache beim Transportgewerbe. Wie bei den Berathungen über den Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs[24]) mit Recht hervorgehoben worden ist, verliert der Absender mit der Aufgabe zur Beförderung jede Möglichkeit, die Thätigkeit, Sorgfalt und Wachsamkeit des Unternehmers zu controliren und auf die Erhaltung des Gutes einzuwirken, er muß sich vielmehr vollständig auf den Unternehmer verlassen. Dieser aber behält die ihm übergebenen Sachen keineswegs fortgesetzt unter eigener Obhut, sondern er sieht sich genöthigt, dieselben wieder dritten Personen, deren er sich bei Ausführung des Transports bedient, anzuvertrauen. Ferner liegt auch hier, wenn auch nicht in gleichem Umfange wie beim Gasthofsbetriebe, eine gewisse Gefahr vor, daß das Gut beim Transport, beim Umladen oder beim Lagern dritten Personen zugänglich und dadurch der Entwendung und Beschädigung ausgesetzt ist. Auch sind gerade hier die Fälle nicht selten, daß die Angestellten des Unternehmers Diebereien Anderer unterstützen oder Eingriffe Dritter zur Verheimlichung eigener Unehrlichkeit und Unachtsamkeit erdichten. Es rechtfertigt sich deshalb

[24]) Protokolle S. 794.

Digitized by Google

hier aus den gleichen Gründen wie beim Gastwirthsgewerbe eine gesteigerte Haftung des Unternehmers, deren Grenze nach demselben Gesichtspunkte zu bestimmen ist, wie die des Gastwirths. Soweit aber die hieraus sich ergebende Ausnahme nicht Platz greift, muß es auch für den Frachtführer bei der Regel verbleiben, daß nur für Verschulden, nicht auch für Zufall zu haften ist. Nur so gelangt man in der Praxis zu gerechten Entscheidungen. Als Beispiel möge folgender, bei den Berathungen des Handelsgesetzbuchs[25]) erörterter Fall dienen. Eine zum Transport aufgegebene Kiste mit Thee wird äußerlich unverletzt abgeliefert, der Thee ist aber vollkommen unbrauchbar, weil er neben einer Kiste mit schlecht verpackten und unrichtig declarirten Apothekerwaaren gestanden und hierdurch den üblen Geruch der letzteren angezogen hat. Entgegen der in der Commission geäußerten Ansicht eines Mitgliedes kann es nicht als eine Forderung der Gerechtigkeit anerkannt werden, wenn hier der Frachtführer haften sollte. Nach Obigem haftet er auch nicht, denn die Beschädigung ist eine solche, welche auch durch eine besondere Aufsicht nicht vermieden werden konnte. Würde man hier den Frachtführer haften lassen, so wäre nicht einzusehen, warum derselbe nicht auch für den Schaden einstehen soll, welcher durch Explosion einer unter falscher Declaration aufgegebenen Pulverkiste oder einer Thomasuhr herbeigeführt wird. Denn diese Fälle unterscheiden sich von dem vorher erwähnten nur durch ein äußerliches Moment, die größere Heftigkeit der Wirkung, innerlich sind sie von demselben nicht verschieden.

Das Ergebniß unserer Betrachtungen über die Haftung der Gastwirthe und Frachtführer ist hiernach Folgendes. Beide Arten von Gewerbetreibenden haben außer für eigenes Verschulden und für die von ihren Angestellten bei Verrichtung ihrer Dienste begangenen Versehen nur noch zu haften:

1. für jeden Verlust und jede Beschädigung der ihnen anvertrauten Sachen, deren Ursache sie nicht darzuthun vermögen,
2. für Diebstahl und Sachbeschädigung, ohne Unterschied, ob der Urheber ein Angestellter des Unternehmers oder ein Fremder ist, soweit dieselben durch eine besondere Beaufsichtigung der entwendeten oder beschädigten Sachen zu verhindern gewesen wären.

Es stimmt dies mit dem überein, was oben als der wahrscheinliche Inhalt der Haftung ex recepto nach römischem Recht dargestellt ist. Da die neueren Vorschriften über diesen Gegenstand lediglich die bezüglichen

[25]) Protokolle S. 2286.

Digitized by Google

Bestimmungen des römischen Rechts zu wiederholen beabsichtigen, so können wir das im Vorstehenden gefundene Resultat auch als Inhalt des gegenwärtig geltenden deutschen Rechts hinstellen. Höhere Gewalt im Sinne der bezüglichen Bestimmungen sind hiernach alle Zufälle, welche nicht unter die oben bezeichneten Kategorieen fallen.

VI.

Wenden wir uns von dem bisher behandelten Gegenstande zu den Bestimmungen der modernen Haftpflichtgesetze, so muß uns auf den ersten Blick der Unterschied in die Augen fallen, daß die letzteren es nicht nur mit der Beschädigung von Sachen, sondern ausschließlich oder doch vorzugsweise mit der Verletzung von Personen zu thun haben. Als fernerer Unterschied zeigt sich, daß, während die Haftung ex recepto eine contractliche ist, die Schadensersatzansprüche auf Grund der Haftpflichtgesetze davon unabhängig sind, ob die beschädigte Person bezw. der Eigenthümer der beschädigten Sachen in einem Vertragsverhältnisse zu dem haftpflichtigen Unternehmer steht oder nicht. Schon diese Verschiedenheiten müssen uns darauf führen, daß ein innerer Zusammenhang zwischen den vorher betrachteten Rechtssätzen und den Haftpflichtgesetzen kaum bestehen kann. Ist der Ersatzanspruch des Geschädigten immer derselbe, gleichgültig, ob er zu dem Unternehmer überhaupt in einem Vertragsverhältnisse steht, und welcher Art das eventuelle Vertragsverhältniß ist, so folgt daraus, daß die Schadensersatzpflicht des Unternehmers auch einen von dem Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses und der Art des etwa vorhandenen Verhältnisses unabhängigen Grund haben muß. Hat z. B. bei einem Eisenbahnunfalle nicht nur der Reisende denselben Anspruch auf Schadensersatz, wie der Angestellte der Bahn, sondern erkennt das Gesetz eben dasselbe Recht auf Schadensersatz auch dem ganz außerhalb des Bahnbetriebes befindlichen, zufällig mitbeschädigten Fremden zu, so kann der Grund der Ersatzpflicht weder in dem Anstellungsvertrage des Bahnbediensteten, noch in dem über die Beförderung des Reisenden getroffenen Abkommen, sondern lediglich in dem Unfalle an und für sich liegen. Damit ist keineswegs ausgeschlossen, daß aus dem bestehenden Vertragsverhältnisse des Beschädigten zu dem Unternehmer ebenfalls ein Anspruch auf Schadensersatz herzuleiten ist und mit demjenigen aus dem Haftpflichtgesetze concurrirt. Dies ist z. B. der Fall, wenn bei einem Eisenbahnunfalle Sachen beschädigt werden, welche der Bahn zum Transport übergeben worden sind. Hier haftet der Unternehmer einmal als Frachtführer gemäß Art. 395 des Handelsgesetzbuchs, er haftet aber ferner im Gebiete des preußischen Rechts auch auf Grund des § 25 des

Digitized by Google

Gesetzes vom 3. November 1838. Diese letztere Haftung aber beruht nicht auf dem Frachtvertrage, sondern sie hat einen davon unabhängigen Rechtsgrund, denn sie tritt ganz ebenso auch bei der Beschädigung anderer als der auf der Bahn beförderten Sachen ein. Wir dürfen uns deshalb durch ein solches zufälliges Zusammentreffen der Haftung aus dem receptum und der besonderen Haftung des Eisenbahn-Unternehmers nicht irre führen und zu dem Schlusse verleiten lassen, daß zwischen beiden auch ein innerer Zusammenhang bestehen müsse.

Umgekehrt dürfen wir uns, wenn wir den inneren Grund der Haftpflichtgesetze richtig erkennen wollen, durch die verschiedene Art, wie die Haftpflicht der Eisenbahnen und die der Unternehmer von Bergwerken, Fabriken u. s. w. in den §§ 1 und 2 des deutschen Haftpflichtgesetzes geregelt ist, nicht abhalten lassen, die einzelnen Bestimmungen dieses Gesetzes doch als Ausflüsse eines und desselben, dem ganzen Gesetze zu Grunde liegenden Princips aufzufassen. Auch müssen wir das Gesetz nicht nur für sich als ein einheitliches Ganzes betrachten, sondern es auch im Zusammenhange mit der weiteren Entwicklung der Gesetzgebung auf demselben Gebiete, wie sie sich in den Gesetzen über die Unfallversicherung der Arbeiter darstellt, ins Auge fassen. Thun wir dies und halten wir zugleich daran fest, daß die Schadensersatzpflicht des Unternehmers in allen diesen Fällen nicht auf das Bestehen eines bestimmten Vertragsverhältnisses zurückzuführen ist, so erkennen wir, daß hier in weitestem Umfange eine außercontractliche Verpflichtung zum Ersatze zufälliger Schäden anerkannt ist. Hierin können wir unmöglich nur vereinzelte Ausnahmen von der römischrechtlichen Auffassung erblicken, daß keine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden denkbar ist. Es bekundet sich vielmehr hierin ein dieser Auffassung entgegengesetztes Princip, welches den Grund der Schadensersatzpflicht nicht mehr ausschließlich in einem Verschulden erblickt. Dies ist die deutschrechtliche Auffassung, welche es gerecht findet, daß derjenige, welcher durch seine Handlung vielleicht auch nur mittelbar einem Anderen einen Schaden zugefügt hat, denselben ersetzen muß. Ist dieses Princip auch noch weit davon entfernt, in der Gesetzgebung allgemeine Anerkennung gefunden zu haben, so macht es doch dem römischrechtlichen Delictsstandpunkt die Herrschaft in stets fortschreitendem Maße streitig. Eine Anwendung desselben ist es z. B., wenn das preußische Landrecht unter Umständen auch den Schaden, den Wahnsinnige oder Kinder anrichten, aus dem Vermögen derselben ersetzen läßt.[26]) Dasselbe Princip ist ferner, nachdem es in den Motiven zum

[26]) §§ 41—43 I 6.

Digitized by Google

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs[27]) für das Deutsche Reich gerade mit Bezug auf die Fälle der Schadenszufügung durch Willensunfähige verworfen worden ist, in dem oben angeführten Beschlusse der jetzt tagenden Revisionscommission zur Anerkennung gelangt, welcher dem Urheber einer ungültigen Willenserklärung in gewissem Umfange ohne Rücksicht auf sein Verschulden in Ansehung des Ungültigkeitsgrundes eine Schadensersatzpflicht auferlegt.[28]) Allerdings scheut die Gesetzgebung, wie sich auch an diesen beiden Fällen zeigt, selbst da, wo sie das Princip zur Anwendung bringt, vor einer consequenten Durchführung desselben noch immer zurück. So macht das preußische Landrecht den Anspruch auf Ersatz des durch einen Willensunfähigen angerichteten Schadens von der doppelten Voraussetzung abhängig, daß der Geschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der Eltern oder Aufseher nicht erhalten kann, und daß dadurch dem Beschädiger der Unterhalt bezw. die Mittel zu einer standesgemäßen Erziehung nicht entzogen werden. Ebenso soll, wie schon erwähnt, nach dem in der zweiten Lesung des bürgerlichen Gesetzbuchs gefaßten Beschlusse im Falle der Ungültigkeit einer Willenserklärung wegen unrichtiger Uebermittlung die Ersatzpflicht ausgeschlossen bleiben, wenn die unrichtige Uebermittlung ihren Grund in höherer Gewalt hatte. In der That ist auch die Entscheidung der Frage, wie weit das deutschrechtliche Princip bei Regelung der Schadensersatzpflicht zur Durchführung gebracht werden soll, für den Gesetzgeber eine außerordentlich schwierige und erfordert die sorgfältigsten Erwägungen. Ist es auch nur billig gegen den Geschädigten, daß derselbe den durch die Handlung eines Anderen, wenn auch ohne dessen Verschulden, ihm zugefügten Schaden ersetzt bekommt, so ist es doch unter Umständen eine große Härte gegen den anderen Theil, wenn derselbe für die vielleicht sehr weittragenden Folgen seiner Handlungen verantwortlich gemacht wird, welche vorauszusehen und zu vermeiden er nicht in der Lage war. Hier das Richtige zu treffen, ist außerordentlich schwer, da allein Rücksichten der Billigkeit es sind, welche den Ausschlag geben können. In vielen Fällen mag man entscheiden, wie man will, das Ergebniß wird immer für einen der Betheiligten eine große Unbilligkeit enthalten. Es giebt aber doch einzelne Fälle, in denen sich unser Rechtsbewußtsein mit Entschiedenheit auf die Seite des Geschädigten stellt. Dies ist zunächst der Fall, wenn die Ursache des Schadens in einer Handlung besteht, mit deren Vornahme schon an sich die Gefahr der Beschädigung Anderer verbunden ist, insbesondere

[27]) Bd. II S. 734.

[28]) Vgl. v. Jecklin, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs in zweiter Lesung in Rassow-Küntzel, Beiträge, Jahrg. 1892 (Bd. 36) S. 395.

Digitized by Google

wenn ein ganzer Complex solcher Handlungen, ein dauernder, mit besonderer Gefahr verbundener Betrieb vorliegt. Ein Ersatzanspruch des Geschädigten erscheint uns ferner in besonderem Maße als durch die Gerechtigkeit gefordert, wenn der Geschädigte der wirthschaftlich Schwächere ist und in Folge dessen von dem Schaden weit härter betroffen wird, als der andere Theil von der Ersatzpflicht. Die erstere Erwägung ist es, welche der Haftpflicht der Eisenbahn-Unternehmer und der Unternehmer anderer gefährlicher Betriebe, als Bergwerke, Steinbrüche, Fabriken, im Allgemeinen zu Grunde liegt. Die zweite Erwägung tritt hinzu, sobald es sich um Unfälle der in dem betreffenden Betriebe beschäftigten Personen handelt, und bewirkt es, daß wir uns hier leichter über die Bedenken hinwegsetzen, welche sich vom Standpunkte des Unternehmers gegen eine denselben erheblich beschwerende Ausdehnung der Haftpflicht erheben lassen. Daraus erklärt sich die von Bähr hervorgehobene Erscheinung, daß die Rechtsprechung bei Anwendung des § 1 des Haftpflichtgesetzes eine entschiedene Neigung gezeigt hat, zu Gunsten der Bahnbediensteten den für die Befreiung des Unternehmers maßgebenden Begriff der „höheren Gewalt" möglichst einschränkend zu interpretiren. Diese sociale Rücksicht hat denn auch dazu geführt, daß die neuere Gesetzgebung in den Unfallversicherungsgesetzen bezüglich der in dem betreffenden Betriebe beschäftigten Personen die ursprünglichen Einschränkungen der Haftpflicht des Unternehmers völlig beseitigt und den ersteren einen unbedingten Anspruch auf Schadensersatz bei allen Betriebsunfällen gegeben hat. Diese Regelung der Entschädigungsfrage ist nichts weiter als die consequente Durchführung des Gedankens, daß derjenige, welcher durch Einrichtung eines gefährlichen Betriebes und durch Beschäftigung Anderer in diesem Betriebe die Beschädigung einer in dem Betriebe beschäftigten Person veranlaßt hat, den Schaden auch ersetzen muß. Es ist nur ein weiterer Ausfluß der socialen Tendenz dieser Gesetze, daß die Schadensersatzpflicht wiederum von den Schultern des zunächst betroffenen Unternehmers auf eine Genossenschaft von Unternehmern abgewälzt wird. Wenn im Gegensatze zu dieser Ausdehnung der Schadensersatzpflicht bei Unfällen des Betriebspersonals, die Haftung der Unternehmer für Beschädigungen fremder Personen eine beschränktere geblieben ist, so erklärt sich dies daraus, daß hier jenes sociale Moment nicht mitgewirkt hat, und daß deshalb den Rücksichten der Billigkeit gegen den Unternehmer hier ein weiterer Spielraum eingeräumt ist. Nur auf solche Rücksichten ist es auch zurückzuführen, wenn sich die Haftung des Unternehmers im Falle des § 2 des Haftpflichtgesetzes auf Verschulden von Bevollmächtigten, Repräsentanten, Betriebsleitern und Aufsehern beschränkt, während sie im

Digitized by Google

Falle des § 1 auf alle Unfälle bis zur höheren Gewalt ausgedehnt ist. Aus dem der Haftung zu Grunde liegenden Princip läßt sich diese Verschiedenheit nicht herleiten. Dieses Princip fordert vielmehr überall die gleiche Haftung, nämlich die unbedingte Haftung für alle in dem gefährlichen Betriebe sich ereignenden Unfälle mit alleiniger Ausnahme derjenigen, welche auf ein eigenes Verschulden des Beschädigten zurückzuführen sind. Alle anderen Beschränkungen der Haftung sind positive, lediglich auf Billigkeitsrücksichten beruhende Satzungen, für welche Erwägungen verschiedenster Art maßgebend gewesen sind. Ohne diese Annahme ließe es sich nicht erklären, warum ein Eisenbahnunternehmer für einen reinen Zufall haften soll, wie in dem Falle, daß ein Funken aus der Maschine einem in der Nähe der Bahn beschäftigten Arbeiter ins Auge fliegt, nicht aber der Besitzer eines Steinbruches, wenn durch ein weit fortgeschleudertes Sprengstück ein ähnlicher Unfall herbeigeführt wird. Ebenso wäre es unerfindlich, warum nach § 2 des Haftpflichtgesetzes der Unternehmer zwar für das Verschulden eines Bevollmächtigten, Aufsehers u. s. w., nicht aber für das eines einfachen Arbeiters haften soll. Die Erklärungen, welche die Motive zum Haftpflichtgesetz[29]) für diese Verschiedenheiten zu geben versuchen, sind durchaus unzureichend. Es ist lediglich ein vergeblicher Versuch, die Bestimmungen des Gesetzes mit dem römisch-rechtlichen Delictsstandpunkt zu vereinigen, wenn z. B. ausgeführt wird, daß der Schwerpunkt der Bestimmungen über die Haftpflicht der Eisenbahnen in der Präsumtion eines Verschuldens des Betriebes liege, und daß man, ohne zu weit zu gehen, annehmen könne, daß bei dem dermaligen Stande der Technik und der großen Menge von Hülfsmitteln und Erfahrungen ernste Unfälle im Eisenbahnverkehr sich durch Sorgfalt im Betriebe in der Regel vermeiden lassen. Das Gleiche gilt von den Ausführungen, durch welche die Regelung der Haftung des Bergwerkbesitzers dadurch zu motiviren versucht wird, daß die Verantwortlichkeit desselben füglich nicht weiter ausgedehnt werden könne, als die Möglichkeit seiner Controle bei der Auswahl des zu verwendenden Personals reiche. Nach diesen Ausführungen würde es berechtigt gewesen sein, die Haftung des Bergwerkbesitzers auf Verschulden bei der Auswahl seines Aufsichtspersonals und die des Eisenbahnunternehmers auf solche Unfälle zu beschränken, welche sich durch Sorgfalt im Betriebe thatsächlich vermeiden lassen, aber eine wirkliche Haftung für Zufall läßt sich durch solche Erwägungen ebenso wenig rechtfertigen, wie eine Verschiedenheit in der Haftung der Eisenbahnunternehmer und der Unternehmer anderer gefährlicher Betriebe. Der

---

[29]) S. Eger, Commentar zum Haftpflichtgesetz. 3. Aufl. S. XIV ff.

Digitized by Google

wahre Grund dieser Verschiedenheit kann nur der sein, daß der Gesetzgeber geglaubt hat, den Eisenbahnunternehmern wegen der bevorzugten Stellung, welche sie im gesammten Verkehrsleben einnehmen, billigerweise auch eine weitergehende Ersatzpflicht auferlegen zu können.

Ebenso läßt es sich allein auf Rücksichten der Billigkeit zurückführen, wenn auch die Haftung des Eisenbahnunternehmers nicht in consequenter Durchführung des Princips auf alle beim Betriebe sich ergebenden Unfälle ausgedehnt, sondern dahin eingeschränkt ist, daß der Unternehmer durch den Nachweis höherer Gewalt befreit wird. Die Feststellung der Tragweite dieser Ausnahme wird dadurch sehr erschwert, daß der Gesetzgeber bei Anwendung der Bezeichnung „höhere Gewalt" vorausgesetzt hat, hiermit einen in seiner Bedeutung feststehenden Begriff zu verwenden. Daß diese Voraussetzung auf einem Irrthum beruht, ist schon oben gezeigt worden. Auch der Begriff der „höheren Gewalt", wie er im Vorstehenden für das Institut der Gastaufnahme und des Frachtvertrages entwickelt worden ist, läßt sich offenbar auf den hier vorliegenden Fall nicht übertragen. Wird man es auch als billig empfinden, daß der Eisenbahnunternehmer für die Versehen seines Betriebspersonals einstehen muß, so spricht doch die Billigkeit vorzugsweise dagegen, ihn auch für die Handlungen dritter Personen, durch welche von außen her in den Betrieb eingegriffen wird, haften zu lassen. Während ferner die Haftung des Recipienten, wie wir gesehen haben, ausschließlich eine Haftung für Verschulden anderer Personen ist, richtet sich die des Eisenbahnunternehmers wesentlich auf solche aus dem Betriebe sich ergebende Gefahren, bei denen ein Verschulden irgend einer Person nicht mitwirkt. Wir müssen deshalb den Begriff der „höheren Gewalt" im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes aus der Absicht des Gesetzgebers heraus selbstständig zu bestimmen suchen. Wie wir gesehen haben, beruht die Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers auf der Erwägung, daß er durch Einrichtung des mit besonderer Gefahr verbundenen Betriebes die in diesem Betriebe sich ereignenden Unfälle veranlaßt hat, daß er mithin als Urheber derselben anzusehen ist. Wenn nun das Gesetz einzelnen Unfällen eine die Haftpflicht ausschließende Wirkung beilegt, so kann dem nur die Erwägung zu Grunde liegen, daß es unbillig ist, den Eisenbahnunternehmer auch da haften zu lassen, wo andere, von den eigenthümlichen Gefahren des Betriebes unabhängige Ursachen auf die Entstehung des Unfalls von ausschlaggebendem Einfluß gewesen sind. Die Praxis hat sich daher von einem durchaus richtigen Gefühl für die Absichten des Gesetzgebers leiten lassen, wenn sie stets angenommen hat, daß solche Unfälle, welche durch die eigenthümlichen Gefahren des Eisenbahnbetriebes hervorgerufen sind, im Sinne dieses

Digitized by Google

Gesetzes niemals höhere Gewalt sein können. So naheliegend es nun auch ist, eine Begriffsbestimmung der höheren Gewalt auf dieses Merkmal gründen zu wollen, so erweist sich dies bei näherer Betrachtung doch als unausführbar. Jeder Eisenbahnunfall entsteht in der Regel aus dem Zusammenwirken einer ganzen Reihe verschiedener und von einander unabhängiger Ursachen, deren zufälliges Zusammentreffen den Unfall bewirkt. Bei keinem Unfalle aber ist die Gefährlichkeit des Betriebes ganz ohne Einfluß, vielmehr wirkt sie nicht nur stets mit, sondern sie bildet auch immer ein für die Gestaltung des Unfalles wesentliches Moment. Sei es, daß ein Schlaganfall oder ein Blitzstrahl den Lokomotivführer seiner Sinne beraubt, sei es, daß ein Verbrecher eine Schiene löst oder ein Hinderniß auf den Bahnkörper wirft, immer ist für die Art und den Umfang des hierdurch verursachten Unfalls der Umstand mitbestimmend, daß gerade ein Eisenbahnbetrieb es ist, in welchen das betreffende Ereigniß hineinwirkt. Welche sonstigen Ursachen der Unfall auch immer haben mag, in allen Fällen besteht ein Causalzusammenhang zwischen demselben und der Gefährlichkeit des Betriebes. Dieses letztere Moment ist nur in einzelnen Fällen von größerer, in anderen von geringerer Bedeutung. Hiernach könnten als Fälle höherer Gewalt im Sinne des Haftpflichtgesetzes nur diejenigen Unfälle angesehen werden, bei denen die Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes im Verhältniß zu anderen, zufällig in den Betrieb hinein wirkenden Ursachen nur von geringem Einflusse auf den Eintritt des Unfalles gewesen ist. So sehr es aber auch der Billigkeit entsprechen mag, die Haftung des Unternehmers in derartigen Fällen auszuschließen, so ist es doch unmöglich, von diesem Gesichtspunkte aus eine feste Grenze für den Umfang der Haftpflicht zu ziehen. Denn eine irgendwie brauchbare Regel dafür, bis zu welchem Grade die Gefährlichkeit des Betriebes an dem Unfall schuld sein muß, um den Unternehmer ersatzpflichtig zu machen, läßt sich nicht aufstellen. Wenn das Gesetz dennoch hiernach die Haftung des Unternehmers begrenzen will, so stellt es damit Alles ausschließlich in das Ermessen des Richters.

Dies ist im vorliegenden Falle umsoweniger zu billigen, als gerade hier, wo doch Alles positive Satzung, nicht Ausfluß eines festen Princips ist, eine den Richter unbedingt bindende Regel am Platze wäre. Wenn das Gesetz hier die Entscheidung ausschließlich dem subjectiven Billigkeitsgefühl überläßt, so muß dies nothgedrungen zu schwankenden und unbefriedigenden Entscheidungen führen, wie die Praxis sie uns darbietet. Es ist dann nicht zu verwundern, daß das Reichsgericht in zwei fast ganz gleichliegenden Fällen, in denen ein Kind von der Seite her kommend plötzlich zwischen die Pferde und den Wagen einer langsam

Digitized by Google

fahrenden Pferdeeisenbahn gerathen war, das eine Mal das Vorhandensein höherer Gewalt nicht als dargethan ansieht[30]), das andere Mal höhere Gewalt annimmt[31]). Gleich diesen Fälleu giebt es zahlreiche andere, bei denen für die Annahme höherer Gewalt gerade so viel sich anführen läßt als gegen dieselbe. Dies gilt z. B. auch von dem bekannten Steglitzer Bahnunglück, welches bei den Erörterungen über den Begriff der höheren Gewalt verschiedentlich herangezogen und in durchaus entgegengesetztem Sinne beurtheilt ist. Ein mit voller Geschwindigkeit durch den Bahnhof durchfahrender Schnellzug fuhr hier in eine Menschenmenge hinein, welche trotz der Warnung der Beamten über das Geleise fort zu einem leerstehenden Zuge gelangen und denselben besteigen wollte. Der größte Theil der Verletzten hatte hier nicht freiwillig das Geleise betreten, sondern war durch andere Ungeduldige auf dasselbe gedrängt worden. Während Dernburg die Bahnverwaltung wegen Unzulänglichkeit ihrer Einrichtungen zum Ersatze für verpflichtet hält, bekämpft Bähr aufs Nachdrücklichste die Ersatzpflicht der Bahnverwaltung, weil es höhere Gewalt sei, wenn jemand durch einen anderen auf die Schienen gedrängt werde. Fragt man hier, ob die Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes oder die Unvernunft des Publicums einen größeren Einfluß auf das Unglück gehabt hat, so wird sich eine Antwort hierauf sehr schwer geben lassen.

Da nun das Gesetz den Richter auf einen so unfaßbaren Begriff verweist, wie der der höheren Gewalt es hiernach ist, so wird sich die Praxis allerdings mit demselben so gut es geht abzufinden suchen müssen. Im Allgemeinen wird dieselbe der Absicht des Gesetzgebers dann gerecht werden, wenn sie höhere Gewalt überall da annimmt, wo ein solches von außen in den Betrieb hineintretendes Ereigniß von ausschlaggebendem Einfluß auf den Eintritt des Unfalles gewesen ist, welches für die Bahnverwaltung weder vorauszusehen noch in seinen Folgen abzuwenden war. Als Maßstab für die Abwendbarkeit kann hier aber nach dem, was oben ausgeführt ist, allein die von der Verwaltung vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt, das ist die Sorgfalt eines ordentlichen Eisenbahnunternehmers, dienen. Auf diesem Wege wird die Praxis in den meisten Fällen zu annehmbaren Entscheidungen gelangen. Ein unbedingt sicheres Kriterium ist indessen das der äußeren Herkunft des maßgebenden Ereignisses auch nicht. Bei dem Schlaganfall oder dem plötzlich ausbrechenden Wahnsinn des Locomotivführers, ja auch bei dem Steglitzer

---

[30]) Entscheidungen Bd. 14 S. 82 ff.

[31]) Ebenda Bd. 21 S. 13 ff.

Digitized by Google

Bahnunglück, wird sich schwer entscheiden lassen, ob die Ursache des Unfalles als ein äußeres oder ein inneres Ereigniß anzusehen ist. Selbst wenn man das letztere annimmt, wird man doch zweifelhaft darüber sein können, ob hier nicht die Billigkeit dennoch eine Befreiung des Unternehmers von der Ersatzpflicht fordert.

VII.

Es erübrigt sich noch, die weiteren Fälle zu betrachten, in denen der Begriff der höheren Gewalt in der Gesetzgebung Verwendung gefunden hat, bezw. nach den vorliegenden Entwürfen finden soll. Von denselben bedarf der § 11 des Reichspostgesetzes keiner besonderen Erörterung. Die Haftung der Postverwaltung lehnt sich offenbar an die der Eisenbahnen an und beruht auf ähnlichen Erwägungen wie die letztere. Insbesondere wird die privilegirte Stellung der Postverwaltung für die Ausdehnung der Haftung derselben maßgebend gewesen sein. Von den übrigen hier noch in Betracht kommenden Bestimmungen beruht die bei der zweiten Lesung des bürgerlichen Gesetzbuchs angenommene Vorschrift über die Schadensersatzpflicht des Urhebers einer ungültigen Willenserklärung, wie schon erwähnt, ebenfalls auf der deutschrechtlichen Auffassung, daß derjenige, welcher einen Schaden verursacht hat, ihn ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Verschuldens ersetzen muß. Während diese Ersatzpflicht aber im Allgemeinen unter strenger Durchführung des Princips zu einer ausnahmslosen gestaltet ist, soll sie nach den von der Commission gefaßten Beschlüssen doch in einem Falle eine Ausnahme erleiden, nämlich dann, wenn die Ungültigkeit der Willenserklärung auf unrichtiger Uebermittlung derselben an den Empfänger beruht und die Unrichtigkeit der Uebermittlung ihren Grund in höherer Gewalt hat. Nach sachlichen Gründen, aus denen diese Ausnahme sich rechtfertigen ließe, wird man vergeblich suchen. Soll der Urheber einer ungültigen Willenserklärung überhaupt ohne Rücksicht auf Verschulden zum Ersatze des von ihm veranlaßten Schadens verpflichtet sein, dann ist nicht einzusehen, weshalb seine Ersatzpflicht bei gewissen Arten von Zufällen doch wieder ausgeschlossen sein soll. Hier hat sich die Commission offenbar doch wieder nicht ganz von der Auffassung frei machen können, daß die Schadensersatzpflicht, wenn auch nicht auf einem wirklichen oder präsumtiven Verschulden des Erklärenden, so doch darauf beruht, daß Unrichtigkeiten der Uebermittlung in der Regel durch eine besonders geartete „äußerste" Sorgfalt zu vermeiden seien, und daß die Schadensersatzpflicht daher bei solchen Zufällen ausgeschlossen bleiben müsse, gegen welche auch eine solche gesteigerte Sorgfalt nichts auszurichten vermöge.

Digitized by Google

Der Begriff der höheren Gewalt ist somit hier ganz im Sinne der relativen Theorie gebraucht.

Ebenso verhält es sich mit allen denjenigen Bestimmungen, welche die nachtheiligen Folgen von Versäumnissen durch höhere Gewalt ausschließen wollen. Auch für diese Bestimmungen läßt sich ein innerer Grund nicht auffinden. Denn wenn der Gesetzgeber es überhaupt für angezeigt hält, da, wo die Versäumung einer Frist eine von dem Säumigen nicht verschuldete ist, die Billigkeit walten zu lassen und gegen die Versäumnißfolgen eine Abhülfe zu gewähren, dann ist es jedenfalls auch nur billig, hier alle Zufälle gleich zu behandeln. Wenn das Gesetz hier doch einen Unterschied machen will, so kann dem nur die Auffassung zu Grunde liegen, daß nicht alle Zufälle unvermeidlich sind, daß es vielmehr auch vermeidliche Zufälle giebt. Bei dem § 211 der deutschen Civilproceßordnung ist diese Auffassung sogar durch den Wortlaut zum Ausdruck gebracht. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ist schon oben dargelegt. Derselben liegt zwar der durchaus richtige Gedanke zu Grunde, daß hier an die Sorgfalt des Säumigen ein besonders strenger Maßstab zu legen ist. Aber damit wird nicht eine von der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes verschiedene Sorgfalt erfordert, sondern nur diejenige Sorgfalt, welche ein ordentlicher Mann in wichtigen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Ist aber der Säumige an der Einhaltung der Frist durch Umstände gehindert worden, welche auch bei Anwendung dieser Sorgfalt nicht zu vermeiden waren, dann liegt der Versäumniß auch immer ein unvermeidlicher Zufall zu Grunde. Denn Ereignisse, die zwar wirkliche Zufälle, aber doch vermeidlich sind, giebt es nicht.

In allen diesen Fällen ist es also völlig unmöglich, aus dem gesetzgeberischen Grunde der betreffenden Vorschriften irgend ein Princip zu entwickeln, nach welchem sich aus der allgemeinen Kategorie des Zufalls bestimmte Ereignisse ausscheiden und unter der Bezeichnung „höhere Gewalt“ zusammenfassen ließen. Es bleibt daher der Richter hier ausschließlich darauf angewiesen, den Begriff der höheren Gewalt aus anderen Bestimmungen zu entnehmen. Auch das letztere muß aber als ausgeschlossen angesehen werden. Denn, wie wir gesehen haben, ist auch bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen thatsächlich eine Unterscheidung vertretbarer und nicht vertretbarer Zufälle stattfindet, nämlich beim receptum einschließlich des Frachtvertrages und bei der Haftpflicht der Eisenbahnunternehmer diese Unterscheidung nicht auf die gleichen Gründe zurückzuführen, und es ist daher auch die Grenze zwischen den vertretbaren und den nicht vertretbaren Ereignissen bei jedem dieser Verhältnisse verschieden zu bestimmen. Will man also die letzteren Ereignisse mit dem Namen

Digitized by Google

„höhere Gewalt“ belegen, so ist doch die Bedeutung dieses Ausdrucks nicht einmal für die zuletzt erwähnten Rechtsinstitute eine einheitliche. Von einer Uebertragung eines solchen schwankenden Begriffs auf andere Rechtsinstitute, kann vollends keine Rede sein. Aber auch die Beibehaltung des Ausdrucks „höhere Gewalt“ in den Vorschriften über die Haftung des Gastwirths, Frachtführers und Eisenbahnunternehmers ist nur geeignet, Verwirrung zu stiften. Allein richtig wäre es, wenn der Gesetzgeber hier diejenigen Ereignisse, welche zum Schadensersatz verpflichten bezw. von der Leistung desselben befreien sollen, im Einzelnen näher bezeichnete. Beim receptum würde dies ohne Schwierigkeiten möglich sein, aber auch bezüglich des Eisenbahnbetriebes müßte es selbst auf die Gefahr hin versucht werden, daß das Ergebniß nicht in allen Fällen der Billigkeit entspräche. Die in einzelnen Fällen sich etwa ergebenden Unbilligkeiten würden reichlich durch den Vortheil einer sicheren Anwendung des Gesetzes aufgewogen werden. Es bedeutet schon einen Schritt auf diesem richtigen Wege, wenn das österreichische Gesetz vom 5. März 1869 und das schweizerische Bundesgesetz vom 1. Juli 1875 die Ersatzpflicht des Eisenbahnunternehmers außer durch den Beweis höherer Gewalt auch durch den Nachweis ausschließen lassen, daß der Unfall „durch eine unabwendbare Handlung einer dritten Person“, deren Verschulden der Unternehmer nicht zu vertreten hat, bezw. „durch Versehen oder Vergehen der Reisenden oder dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt“ verursacht sei. Auf diesem Wege wird weiterzugehen sein, solange die Gesetzgebung sich nicht entschließen kann, den Grundgedanken der Haftung für den Zufall auch in Bezug auf die Eisenbahnunternehmungen vollständig zur Durchführung zu bringen. In allen anderen Fällen aber, namentlich bei der Restitution gegen Versäumnisse, bleibt dem Gesetzgeber keine andere Möglichkeit, als alle Zufälle gleich zu behandeln und die Wirkung derselben nach der einen oder der anderen Richtung hin gleichmäßig zu bestimmen.

Hiernach kann die Antwort auf die zur Begutachtung gestellte Frage nur in jeder Beziehung verneinend ausfallen. Der Begriff der höheren Gewalt eignet sich nicht zur Verwendung im bürgerlichen Recht. Eine Aufnahme desselben in das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich ist unbedingt zu widerrathen.

Digitized by Google

X.

Gutachten des Herrn Justizrath Lesse zu Berlin

über die Frage:

Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogenannten Bankdepotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten?

I.

Es ist eine seit Jahrzehnten immer wiederkehrende Erscheinung, daß in Zeiten wirthschaftlicher Krisen resp. geschäftlichen Niederganges der Ruf nach Hülfe auf dem Wege der Gesetzgebung ertönt. Je öfter wir aber diesen Ruf vernehmen, um so vorsichtiger werden wir in unseren Reformvorschlägen, um so mehr sehen wir ein, wie die Hülfe, die wir von dieser Seite zu erwarten haben, meistens doch nur eine beschränkte sein kann.

Damit soll aber über Bestrebungen, die anknüpfend an die traurigen wirthschaftlichen Ereignisse des letzten Winters in der erwähnten Richtung sich geltend gemacht und auch die obige schwierige, an mich gerichtete Frage hervorgerufen haben, nicht etwa der Stab gebrochen werden. Die in letzter Zeit gemachten Erfahrungen sind überaus lehrreich. Sie mahnen nicht nur eindringlich Jeden, der Börsengeschäfte machen will und darf, zu größerer Vorsicht, sondern sie haben auch gezeigt, daß gewisse gesetzliche Bestimmungen, die man vor Jahren noch für ausreichend erachtete, wirklich verbesserungs- resp. ergänzungsbedürftig sind, und man in einzelnen Beziehungen sogar vor einem weiteren organischen Ausbau des Rechtssystems nicht zurückschrecken darf, um ähnliche Erfahrungen für die Zukunft möglichst zu vermeiden.

Digitized by Google

Wenn in der obigen Frage vom Bankdepotgeschäft die Rede, so hat mein College Dr. Goldschmidt in seinem im Berliner Anwaltsverein gehaltenen Vortrage (Berlin bei Siemenroth & Worms 1892) bereits zutreffend hervorgehoben, „daß an das Wort „Depot" eine Reihe von Vorstellungen sich geknüpft hat, welche mit der ursprünglichen technisch-juristischen Bedeutung dieses Ausdruckes wenig oder gar nichts gemein haben, daß da, wo die Requisite des Depositums, des Faustpfandes und des Darlehns vorliegen, die Interessenten auf den sich hieraus ergebenden civilrechtlichen und strafrechtlichen Schutz in vollem Maße Anspruch machen können, schwieriger und zweifelhafter sich aber die Sache gestaltet, wo es sich um die Verfügungsfähigkeit des Banquiers über solche Effecten handelt, welche er in seiner Eigenschaft als Commissionär in seine Verfügungsgewalt bekommt". Hier beabsichtige auch ich anzuknüpfen, und zwar ohne daß es erforderlich sein wird, auf eine Sonderung verschiedener Arten von Bankdepotgeschäften sich einzulassen.

Die gesetzliche Regelung des Commissionsgeschäfts ist in unserem deutschen Handelsgesetzbuche nicht ohne schwere Kämpfe zu Stande gekommen. Die Frage, mit welchem Augenblicke Gefahr und Eigenthum auf den Committenten übergehe, ist schon damals Gegenstand lebhafter Debatten gewesen. Ob der Commissionär das Eigenthum der zur Ausübung einer Einkaufscommission erkauften Waare für sich erworben habe, versteht sich mit der Verpflichtung, dasselbe auf den Committenten zu übertragen, blieb schließlich eine offene, nach dem allgemeinen Landescivilrecht zu entscheidende Frage. Inwieweit hier bei den heutigen veränderten Geschäftsverhältnissen gesetzliches Einschreiten zu empfehlen, soll weiter unten näher erörtert werden.

Mindestens ebenso schwierig war die Frage der Regelung des Selbsteintrittsrechts des Commissionärs, welches, wie nicht in Abrede zu stellen, im deutschen Handelsgesetzbuch der Auffassung des Handelsstandes entsprechend in recht weitem Umfange zur Anerkennung gelangt ist. Mit gewichtiger Begründung weist z. B. Lepa in seinem Buche „Die Lehre vom Selbsteintritt des Commissionärs" (Stuttgart bei Enke 1883) nach, wie schon vor dem deutschen Handelsgesetzbuche der Commissionär zu einer speciellen Anzeige des Propregeschäfts nicht verpflichtet war, wie man bei der Nürnberger Conferenz (s. Conf.-Protokolle S. 735) darauf hingewiesen, daß die vorgeschlagene speciellere Anzeigepflicht gegen die allgemeine bisherige Uebung verstoße und neue Belästigungen enthalte, und diese Anzeigepflicht daher nicht aufzuerlegen sei.

„Wenn es wahr ist," sagt Lepa a. a. O. S. 88, „daß die specielle

Digitized by Google

Erklärung im kaufmännischen Verkehr thatsächlich meistens unterlassen wird, daß sie vor der Geltung des deutschen Handelsgesetzbuchs nicht erforderlich war und daß sie durch das deutsche Handelsgesetzbuch nicht angeordnet ist, sondern der Commissionär nach dem Willen des Gesetzgebers befugt bleiben sollte, den Selbsteintritt durch eine allgemeine Ausrichtungsanzeige zu vollziehen, so würde auch der Nachweis einer bei dem letzteren Anzeigemodus obwaltenden Möglichkeit der Uebervortheilung des Committenten nicht dahin führen können, dem Commissionär die besondere Anzeige des Selbsteintritts unbedingt zur Pflicht zu machen."

Sehr gestritten ist in Theorie und Praxis ferner darüber, ob und welche zeitliche Grenze der Ausübung der Befugniß des Commissionärs, den Eintritt als Selbstcontrahent zu erklären, bestehe.

Uebereinstimmend mit der Auffassung des Handelsstandes hat das Reichs-Ober-Handelsgericht in einem eingehend motivirten Erkenntnisse vom 26. Januar 1876 (Entsch. Bd. 19 S. 355) das durch den Commissionsauftrag begründete Rechtsverhältniß dahin aufgefaßt, „daß dem Commissionär freigestellt wird, den Auftrag alternativ nach seiner Wahl entweder durch ein mit einem Dritten abzuschließendes, dem Auftrage entsprechendes Geschäft oder aber dadurch, daß der Commissionär als Selbstkäufer liefert resp. als Selbstkäufer behält, das Geschäft also in sich abschließt, auszuführen, daß dieses Wahlrecht des Commissionärs nur insofern beschränkt ist, als

a) der Committent bei Ertheilung der Commission die Befugniß des Commissionärs zum Eintritt als Selbstcontrahent von vornherein ausschließen kann,

b) der Eintritt nur beim Ein- und Verkauf der im Art. 376 Abs. 1 bezeichneten, einen Börsenpreis oder Marktpreis habenden Sachen stattfindet,

c) der Commissionär nach einem, dem Art. 377 gemäß erfolgten, Widerruf des Committenten nicht mehr als Selbstcontrahent eintreten kann, und

d) der Commissionär, nachdem der Committent gemäß Art. 376 Abs. 3 erklärt hat, den Commissionär als Selbstcontrahenten in Anspruch nehmen zu wollen, sich nicht mehr für die andere Alternative entscheiden kann; daß aber, abgesehen von diesen, aus dem Gesetze selbst sich ergebenden Beschränkungen das Wahlrecht des Commissionärs ein ganz freies, namentlich zeitlich nicht beschränktes, die einmal erklärte Wahl des Commissionärs aber

Digitized by Google

unabänderlich ist; daß also, wenn der Commissionär sich in der gemäß Art. 361 H.G.B. über die Ausführung der Commission erstatteten Anzeige für die eine oder andere Alternative entschieden, sein Wahlrecht also ausgeübt hat, eine spätere abweichende Erklärung nicht mehr zulässig ist, wenn aber die Anzeige (Art. 361) die Ausübung eines Wahlrechts nicht enthält, der Commissionär unbehindert ist, sich später noch beliebig für die eine oder andere Alternative zu entscheiden".

Es liegt auch kein Grund vor, sagt das Reichs-Ober-Handelsgericht weiter, „die spätere Erklärung des Commissionärs dahin zu beschränken, daß er die Ausführung der Commission als Selbstcontrahent nicht mehr wählen darf. Eine solche Beschränkung wird auch nicht durch das Interesse des Committenten geboten. Dieser kann, wenn die Anzeige über die Ausführung der Commission es im Zweifel läßt, ob der Commissionär als Selbstcontrahent eintreten will oder nicht, je nachdem er das eine oder andere seinem Interesse entsprechender findet, entweder nach Art. 376 Abs. 3 erklären, daß er den Commissionär als Selbstcontrahenten in Anspruch nehmen wolle, oder den Commissionär zu einer bestimmten Erklärung, ob er als Selbstcontrahent auftreten wolle oder nicht, und falls dieser sich für die letztere Alternative erklärt, zur Rechnungslegung auffordern, oder endlich die ihm gegen den Commissionär als solchen zustehenden Rechte (namentlich auf Rechnungsablage) geltend machen und abwarten, ob derselbe alsdann noch seinen Eintritt als Selbstcontrahent erklären will oder darf".

Indem wir uns darauf beschränkt haben, diese Ansichten des Reichs-Ober-Handelsgerichts kurz wiederzugeben, möchten wir hieran die Frage knüpfen, ob bei diesen Auffassungen dem Committenten gegen unzulässiges Speculiren des Commissionärs auf Kosten des Committenten genügender Schutz gewährt sein dürfte? Mit dieser Frage betreten wir allerdings ein heikles Gebiet.

Die Befürchtung, daß der Committent leicht der Willkür des Commissionärs unterworfen sein kann, kam schon bei der Berathung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs mehrfach zur Sprache. Die preußischen Motive erklärten S. 161:

„Durch die Annahme eines ganz unbeschränkten Rechtes des Commissionärs, selbst einzutreten, würde der Commissionshandel in der eigentlichen Bedeutung zerstört und ein unreeller Eigenhandel an dessen Stelle gesetzt werden. Die Sicherheit des Committenten würde erheblich gefährdet und dem Commissionär

Digitized by Google

die Möglichkeit gegeben sein, alle Vortheile des Geschäftes sich anzueignen, während die Nachtheile von dem Committenten getragen werden müßten; der letztere wäre ganz in die Gewalt des Commissionärs gegeben; dieser wäre im Stande, auf Kosten des Committenten für sich zu speculiren, die etwa eintretende Veränderung der Verhältnisse und Conjuncturen in seinem Interesse zu benutzen oder hinterher die Sachlage des Geschäfts willkürlich zu gestalten und namentlich die Gefahr auf den Committenten zu schieben; er würde Gelegenheit erhalten, sich der Rechnungslegung zu entziehen und eine Reihe von fictiven Unkosten in Ansatz zu bringen."

Bei Berathung des Art. 376 Nr. 3 wurde zur Begründung der Berechtigung des Committenten, den Commissionär als Selbsteintretenden in Anspruch zu nehmen, angeführt, daß man allerdings den Commissionär nicht zwingen könne, seine Kunden dem Committenten zu nennen; dieser könne aber nicht ganz der Discretion des Commissionärs anheimgegeben werden; man dürfe den Committenten nicht in die Lage versetzen, daß ihm der Commissionär nachträglich einen insolvent gewordenen Kaufmann als den Käufer seiner Waare, eine untergegangene Waare als die für ihn erkaufte bezeichne, ohne daß, selbst angenommen, diese Mittheilungen beruhten auf Wahrheit und nicht auf nachherigen beliebigen Angaben auf Grund von anderweitigen Geschäften des Commissionärs, der Committent durch rechtzeitige Klagestellung, durch Eingehung einer Versicherung hätte Fürsorge treffen können; dies entspreche nach dem Zeugniß Sachverständiger auch dem Handelsgebrauche und sei ein unentbehrlicher Schutz für den Committenten, der schon dadurch genug im Nachtheil sei, daß er bis zur Anzeige über die Ausführung des Auftrages in Ungewißheit bleibe, ob er es mit einem sein, des Committenten, Interesse wahrenden Commissionär oder mit einem sein eigenes Interesse wahrenden und die Conjuncturen zu seinem eigenen Vortheil wahrnehmenden Kaufmann zu thun habe (s. Conf.-Prot. S. 1213).

Grünhut, der in seinem Buche „Das Recht des Commissionshandels" (Wien 1879 bei Hölder) vielfach für den Schutz des Committenten gegen Ausbeutung durch den Commissionär eintritt, sagt z. B. S. 469:

„Der Commissionär ist verpflichtet, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes findet, daß bei dem Contrahiren mit einer dritten Person für den Committenten günstigere Bedingungen zu erlangen wären, als jene es sind,

Digitized by Google

welche er selbst zu gewähren geneigt ist, im Interesse des Committenten sich des Selbsteintritts zu enthalten; hat der Commissionär bei der Wahl der Alternative des Selbsteintritts etwas gethan oder unterlassen, was ein ordentlicher Kaufmann in solchen Fällen nicht zu thun oder zu unterlassen pflegt, so ist er über die jeder facultativen Commission selbstverständlich gezogene Grenze hinausgegangen; der Committent ist zwar in diesem Falle nicht berechtigt, das von dem Commissionär in sich selbst abgeschlossene Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen, er ist aber berechtigt, den Ersatz des ihm durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes von dem Commissionär zugefügten Schadens zu verlangen."

Allein bei aller Richtigkeit dieser Grundsätze wird in der Praxis wohl nicht immer ein so idealer Standpunkt eingenommen, und auch nur selten dem durch entgegengesetztes Verfahren Beschädigten Entschädigung gewährt.

Hat man hiernach schon bei Berathung des Handelsgesetzbuchs den Mißbrauch vorausgesehen, welcher mit dem Selbsteintritt beim Commissionsgeschäft getrieben werden könne, hat die Auslegung, welche die betreffenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in der Praxis erfahren, den Eintritt solchen Mißbrauchs einigermaßen erleichtert, so ist es erklärlich, wenn jetzt mit Rücksicht auf unsere Börsenverhältnisse die Frage aufgeworfen wird, ob die Aufrechterhaltung des Rechts zum Eintritt als Selbstcontrahent überhaupt zu empfehlen sei. Gegen diese Aufrechterhaltung hat sich mit besonderer Schärfe Eschenbach in seinem Aufsatz zur Reorganisation des Termingeschäfts (s. Preußische Jahrbücher 68. Band Heft 4, October 1891) ausgesprochen.

„Bekanntlich gestattet der Art. 376 des Handelsgesetzbuchs", sagt Eschenbach, „dem Commissionär, ihm gewordene Aufträge nicht durch Dritte, sondern selbst auszuführen, sofern er nur nachweist, daß er den Börsen- bezw. Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten hat. Wie nun aber allgemein bekannt, schwanken die Terminpreise für Producte wie für Effecten — von seltensten Ausnahmen abgesehen — regelmäßig an ein und demselben Börsentage auf und ab, ohne daß sie einer solchen positiven Feststellung unterliegen, welche greifbare Resultate in Bezug auf die einzelnen Augenblicke ermöglicht, ganz abgesehen davon, daß es sogar zwei Märkte giebt, denjenigen der vereideten Makler und den sogenannten freien Markt, in dem sich oft noch größere Preisschwankungen vollziehen. Hierin liegt der Vortheil des als

Digitized by Google

Selbstcontrahent auftretenden Commissionärs. Wenn er nur nachweist, daß er bei der Ausführung des Auftrages „den" Börsenpreis innegehalten hat, so muß sein Auftraggeber sich mit diesem Nachweis vollständig begnügen. Was heißt nun aber „den" Börsenpreis innehalten? Für die Beantwortung dieser Frage sind zwei weitere Möglichkeiten zu unterscheiden, nämlich einmal die, daß der Commissionär thatsächlich überhaupt nicht mit einem Dritten, sondern nur mit sich selbst abschließt, und daß er das Geschäft mit einem ferneren Contrahenten zwar in eigenem Namen, jedoch auf Rechnung seines Auftraggebers eingeht."

Eschenbach zeigt dann weiter, wie groß in beiden Fällen die Verführung für den Commissionär sei, und wie das, was demnächst für seine Speculation das Geeignetste, für den Committenten das gerade Gegentheil sein würde. Eschenbach ventilirt daher den Gedanken, den Eintritt als Selbstcontrahent beim Commissionsgeschäft zu untersagen, wenngleich er nicht in Abrede stellen könne, daß ein solches Verbot leicht zu umgehen sein würde, was allein schon gegen die Einführung eines solchen Verbots unserer Meinung nach sprechen möchte. „Es würde nämlich dazu nichts weiter gehören, als das Vorhandensein einer officiell eigenen und einer Strohfirma oder — noch einfacher — die Vereinbarung zweier Firmen, die betreffenden Aufträge wechselseitig formell als Dritte auszuführen, jedoch mit der materiellen Maßgabe, daß der Gewinn in Wirklichkeit dem nunmehrigen formalen Commissionär zufließt, der dem Scheinpartner vielleicht eine gewisse Provision für seine Gefälligkeit zahlt, oder auch das nicht einmal bei garantirter Gegenseitigkeit in solchen Fällen. Das gedachte Verbot werde allein nichts nützen, wenn nicht andere Reformen damit verbunden werden, vor Allem die Schaffung einer officiellen einzigen Coursnotiz für Zeitgeschäfte."

Die Erörterung des letzten Punktes würde uns hier zu weit führen, weshalb wir uns lediglich an die überwiegend juristische Frage halten wollen, ob wirklich die Beseitigung des Rechts des Selbsteintritts zu empfehlen sei. Die vorstehend von Eschenbach dafür vorgebrachten Gründe sind gewiß sehr beachtenswerth, aber doch nicht genügend, um eine so durchgreifende Maßregel zu rechtfertigen, mit welcher auch das solide Commissionsgeschäft mehr oder weniger leiden würde. Schon heute treten solide Bankhäuser principiell fast in jedem Falle, wo sie kaufen oder verkaufen sollen, als Selbstcontrahenten ein und zwar, wie wir glauben, nicht zum Schaden des Bankkunden, der dadurch in ein festeres Verhältniß zu seinem Mitcontrahenten gelangt. Es kommt nur darauf an, daß die Möglichkeit für den Commissionär, auf Kosten des Committenten zu speculiren, mehr eingeengt werde. Wir bedürfen in

Digitized by Google

Einschränkung der, wie oben gezeigt, durch das Handelsgesetzbuch sanctionirten Grundsätze der Praxis einer Bestimmung, daß der Commissionär sofort bei der Mittheilung über die Ausführung des Auftrages anzuzeigen hat, wenn er als Selbstcontrahent eingetreten sei. Von besonderer Wichtigkeit wäre eine solche Bestimmung für das Termingeschäft, welches sich häufig nicht so einfach wie das Cassageschäft abwickelt, und bei dem Benachtheiligung des Committenten und Speculation des Commissionärs auf Kosten des Committenten weit eher als beim Kassageschäft möglich ist. Ich gestehe, daß ich anfänglich in einem im Berliner Anwaltsverein gehaltenen Vortrage (Berlin 1892 bei Siemenroth & Worms) sogar vorgeschlagen hatte, daß diese Erklärung sofort bei Annahme des Auftrages abzugeben sei, um noch mehr eine etwaige Speculation des Commissionärs auf Kosten des Committenten zu verhindern. Wenn man indessen erwägt, daß in der Regel die Anzeige der Ausführung mit der betreffend die Annahme zusammenfällt, andererseits es Fälle giebt, in denen die Ausführung erst nach Tagen oder Wochen erfolgen kann, in diesen aber dem Commissionär nicht zugemuthet werden kann, sich über den Selbsteintritt schon bei Annahme des Auftrags zu erklären, so wird eine Bestimmung dahin, daß die Anzeige des Selbsteintritts zugleich mit der Nachricht über die Ausführung des Auftrags zu erfolgen habe, genügen. Dies und die daraus sich ergebende Revision der betreffenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über das Commissionsgeschäft wäre somit die erste gesetzgeberische Maßregel, die ich auf diesem Gebiete empfehlen möchte.

II.

Ich erwähnte vorher, wie schwierig die Frage, mit welchem Augenblicke Gefahr und Eigenthum der erkauften Waaren resp. Effecten auf den Committenten übergegangen, zu entscheiden sei. Es würde für die Zwecke dieser Ausarbeitung zu weit führen, eine vollständige Uebersicht über die Rechtsprechung unserer höchsten deutschen Gerichtshöfe in dieser Frage zu geben. Zum Nachweise des Schwankens der Rechtsprechung, ja sogar der Verschiedenheit der Auffassungen betreffend die Tragweite einzelner Entscheidungen genüge es, auf die höchst bedeutsamen Ausführungen des Professors Dr. L. Goldschmidt in den Preußischen Jahrbüchern, Decemberheft 1891 und des Senatspräsidenten Dr. Wiener in der National-Zeitung vom 10. November 1891 hinzuweisen. Auch die Correspondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin vom 13. Januar d. J. (15. Jahrgang Nr. 1), welche im Wesentlichen mit dem bestehenden Recht sich zufrieden ausspricht, muß in einem

Digitized by Google

der von ihr aufgestellten Sätze anerkennen, daß das Rechtsverhältniß der Parteien in Betreff der Depots bei demjenigen Banquier, welcher gleichzeitig als Commissionär des Kunden den Einkauf von Werthen und als Banquier die Aufbewahrung der Werthe besorgt, nach der Richtung hin der erforderlichen Klarheit ermangelt, von welchem Momente an die in Commission eingekauften Werthe die Natur des Depots annehmen resp. in das Eigenthum des Committenten übergehen, und damit dem Verfügungsrecht des Depositars entzogen werden.

Daß hier die Gesetzgebung einschreiten müsse, haben auch diejenigen anerkannt, die streng auf dem Boden des bestehenden Rechts stehen und nur auf dem Wege des constituti possessorii zur Specialisirung des Commissionsguts gelangen wollen. Wiener hat a. a. O. dies zuerst dahin ausgesprochen, daß der Banquier-Commissionär, auch wenn er in Vorschuß geht, zur Indepotnahme von bestimmten Stücken für den Bankkunden innerhalb einer bestimmten Frist von der Aufgabe der Auftragsausführung bezw. der Erlangung des eingekauften Gutes ab unter dem Präjudiz des Verlustes des Anspruchs aus der Auftragserfüllung verpflichtet ist, und dieser Satz hat fast überall Anklang gefunden. Ich würde vorschlagen, diesen Satz etwa dahin zu formuliren:

> Der Commissionär ist zum Zwecke der genaueren Specialisirung des angekauften Objectes zur Nummernaufgabe und zur abgesonderten Verwahrung für den Committenten oder wenigstens zur Verzeichnung der aufgegebenen Nummern im Depotconto des Committenten oder sonst in den Handlungsbüchern des Commissionärs verbunden. Kommt der Commissionär der vorstehenden Verpflichtung innerhalb vier Tagen nach der Anzeige vom Verkauf von in seinem Besitz befindlichen Papieren oder nach der Lieferung der vom Dritten gelieferten Papiere nicht nach, so ist der Committent berechtigt, von dem Geschäft zurückzutreten und Schadenersatz zu fordern.

Ich gehe hierbei davon aus, daß es zweckmäßig erscheinen möchte, das Präjudiz des Verlustes des Anspruchs aus der Auftragserfüllung in die Berechtigung zum Rücktritt vom Geschäfte zu kleiden, da sonst eine solche Bestimmung vom unsoliden Banquier benutzt werden könnte, um, wenn die Börsenverhältnisse in der Richtung à la hausse sich ändern, die gänzliche Aufhebung des Geschäftes herbeizuführen, da er dann das billig angekaufte Papier mit Vortheil als für sich angekauft behalten könnte, während dieser Anreiz fehlen würde, wenn das Präjudiz dahin lautete, daß der Committent berechtigt sein solle, vom Geschäfte zurückzutreten.

Digitized by Google

Wenn aber mein College Dr. Goldschmidt in seinem oben erwähnten Vortrage sich dahin ausgesprochen hat, daß er den Wiener'schen Vorschlag nur mit der Einschränkung unterstützen könne, daß die obligatorische Indepotnahme, d. h. die mit dem Präjudiz der Versagung der Rechte aus der Auftragsausführung ausgestattete Verpflichtung zur Vornahme des constitutum possessorium innerhalb einer bestimmten Frist nur dann unbedingt Platz zu greifen hat, wenn und insoweit der Commissionär für den Committenten nicht in Vorschuß getreten ist, in dem letzteren Falle aber diese Pflicht erst mit dem Augenblick der Vertragserfüllung seitens des Committenten, unter dem mehrerwähnten Präjudiz zu statuiren, da sonst der Commissionär ganz in die Hand des Committenten gegeben sei, so muß ich dem entschieden widersprechen. Eine solche Beschränkung würde unseren ganzen Vorschlag illusorisch machen. Fast in allen Fällen ist der Commissionär in dem Augenblicke, wo er Commissionsgut für den Committenten übernimmt, mehr oder weniger im Vorschuß, das Recht des Committenten wäre also ganz in die Willkür des Commissionärs gestellt, wenn in allen diesen Fällen der Commissionär die Indepotnahme verhindern könnte. Auf der anderen Seite dagegen ist der Commissionär dadurch genügend geschützt, daß er bei Eingehung der Geschäftsverbindung mit dem Kunden, dessen Verhältnisse er nicht genügend kennt resp. für den etwa zu befürchtenden Fall des Coursrückganges, sich eine Unterlage geben lassen kann, außerdem aber ihm nach dem Handelsgesetzbuch ein wirksames Pfandrecht am Commissionsgute zusteht, welches erheblich zu ändern man sich schwerlich entschließen wird, da ohne dasselbe der Commissionshandel kaum bestehen kann. Der Commissionär wird also durchaus nicht benachtheiligt, wenn er, mit diesen Rechten ausgestattet, auf der anderen Seite die Verpflichtung hat, das Commissionsgut für den Committenten in Depot zu nehmen. Anderweite Verabredungen zwischen den Contrahenten können natürlich nicht gehindert werden. Volenti non fit injuria!

Dies wäre mein zweiter auf Aenderung des Gesetzes gerichteter Vorschlag.

III.

Aber so schätzenswerth auch diese auf Beförderung der Specialisirung des Commissionsgutes gerichteten Bestrebungen sein mögen, so wollen sie mir doch nicht genügen. Ist das verkaufte Commissionsgut im Sinne der bezeichneten Vorschläge specialisirt, so ist das Eigenthum klar gestellt, und wenn das Gut dann nur vorhanden, so ist der Committent auch für den Fall des Concurses gesichert. Aber wie steht es

Digitized by Google

bis dahin? Bis zur Specialisirung liegt häufig eine Zwischenzeit, in der das Eigenthum zweifelhaft und im Falle des Concurses die größten Bedenken möglich sind. Hier möchte ich eingreifen, um das Recht des Bankkunden besser, als bisher möglich war, zu schützen. Denn so sehr man auch anerkennen muß, daß unsere höchsten Gerichtshöfe bestrebt gewesen sind, die Rechte und Pflichten des Committenten und des Commissionärs näher zu präcisiren, als dies im Gesetze geschehen ist, so erachte ich doch selbst durch die für den Committenten günstigsten Entscheidungen den Committenten rechtswidrigen Verfügungen des Commissionärs gegenüber nicht für hinreichend gesichert.

Man hat mir entgegnet, da ein Papier einer gewissen Gattung ebensoviel werth sei, als das andere derselben Gattung von gleicher Höhe, so liege in den meisten Fällen, in denen der Commissionär für den Committenten gekauft hat, ein Genus-Kauf vor, also könne man, ohne mit den bestehenden Grundsätzen über das Eigenthum zu collidiren, nicht annehmen, daß Eigenthum übergegangen, solange das verkaufte Papier nicht ausgesondert resp. durch constitutum possessorium auf den Committenten übergegangen sei. In Bezug hierauf habe ich in meinem bezeichneten Vortrage etwa Folgendes ausgeführt:

Im Ganzen bewegt sich der große kaufmännische Verkehr in generischen Obligationen, bei denen es sich nur um die Gattung im Allgemeinen handelt. Aber es giebt auch Obligationen, z. B. beim Kauf, die über den Genus-Kauf hinausgehen, die, wie Dernburg sagt, als besonders gearteter Speciskauf erscheinen (s. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, 3. Auflage, Bd. 2, S. 65). In dieser Beziehung haben Windscheid und Dernburg interessante Beispiele gegeben, wie z. B.: es wird ein Wispel Weizen aus einer bestimmten Schiffsladung, ein Ohm Wein aus einem bestimmten Fasse verkauft. Hier liegt ein besonders gearteter Speciskauf mit alternativer Obligation vor. Solche Fälle sind aus der reinen Gattungsobligation auszuscheiden. Hier liegen Genus-Obligationen vor, soweit es sich um gleichartige Dinge handelt, Speciskäufe, weil es gleichartige Dinge aus einer bestimmten Masse sind. Hier ist auch eine Uebergabe ohne körperliche Aussonderung möglich. § 717, 7. Th. I des A.L.R. verordnet:

> „Auch alsdann ist die Uebergabe des Besitzes für vollzogen zu erachten, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen Anderen in seiner Gewahrsam zu halten, rechtsgültig erklärt hat."

Wenn der Verkäufer rechtsgültig sagt: „Ich verkaufe aus dieser Schiffsladung Weizen einen Wispel Weizen und besitze denselben von

Digitized by Google

jetzt ab für dich, den Käufer", so dürfte ein Wispel aus dieser Ladung, also eine eigen geartete Species, in den Besitz resp. in der Voraussetzung, daß der Titel kein Bedenken erregt, in das Eigenthum des Käufers übergegangen, mindestens aber der Käufer in Höhe eines Wispels Miteigenthümer geworden sein. Aehnlich steht es bei Papieren, die ebenfalls unter sich gleichartige Werthe sind. Der Committent giebt dem Commissionär den Auftrag, zu kaufen, den letzterer acceptirt. Der Commissionär, ein größerer Banquier, der zu gleicher Zeit mehrere Geschäfte in gleichartigen Papieren ausführt, erhält in Folge dieser Aufträge von Dritten ein größeres Quantum gleichartiger Papiere geliefert. Der Commissionär bekommt hier, so kann man mit Grund deduciren, für den einzelnen Committenten den Besitz je eines Theiles dieses Quantums gleichartiger Papiere aus einer bestimmten Masse, nämlich der Masse, die er von Dritten für seine Committenten erhalten hat. Er kann sagen, daß er von den gelieferten Papieren so und so viel für den einzelnen Committenten besitze, und ihn auf diese Weise, ohne Nummernaufgabe, ohne besondere Aussonderung zum Eigenthümer machen. Ist dies aber zu vereinbaren juristisch zulässig, so kann das Gesetz auch sagen, daß dieser juristische Erfolg überall eintreten soll, wo solche Voraussetzungen vorliegen, ohne Loslösung von den Grundsätzen des gemeinen Rechts resp. des allgemeinen Landrechts.

Fast noch einfacher gestaltet sich das Verhältniß bei den Papieren, die im Besitze des Commissionärs sich befinden. Hier sind eigentlich nur zwei Fälle möglich, entweder der Commissionär hat eigene Papiere auf Lager, oder er hat anderweit Papiere zum Verkauf erhalten, und dann vollzieht sich das Geschäft durch Compensation. In beiden Fällen wird er die Papiere qu. in Besitz haben, und dann genügt die Erklärung der Ausführung des Geschäfts mit der daran sich anschließenden resp. darin liegenden Erklärung, daß er nun für den Committenten besitze. Kann das aber der Commissionär sagen, kann er das mit dem Committenten vereinbaren, so wird es auch das Gesetz als Präsumtion hinstellen können.

Das Gesetz kann sagen: es wird angenommen, daß der Commissionär an derjenigen Masse von Papieren, die Gegenstand der von ihm in dieser Weise geschlossenen Commissionsgeschäfte sind, in Antheilen den Besitz für den einzelnen Committenten hat.

Wenn es mit den Grundsätzen des gemeinen resp. des allgemeinen Land-Rechts vereinbar ist, durch Willenserklärung eine solche Stellvertretung im Besitz zu construiren, und zwar durch eine Willenserklärung, welche bei solchen Geschäften der Natur der Sache entspricht, so geht der Gesetz-

Digitized by Google

geber nicht zu weit, wenn er ausspricht, daß solche Willenserklärung in gewissen Fällen als vorhanden präsumirt werden müsse. Hiervon ausgehend, schlug ich den Satz vor:

> Wird der Auftrag zum Ankauf von Werthpapieren ausgeführt, so wird in Ermangelung anderweiter Vereinbarung angenommen, daß diejenigen Papiere, welche der Commissionär von den in seinem Besitz befindlichen an den Committenten verkauft hat, von der Anzeige der Ausführung ab, diejenigen aber, welche der Commissionär behufs Ausführung des Auftrages von Dritten geliefert erhalten hat, von dem Zeitpunkt dieser Lieferung ab, von dem Commissionär für den Committenten als dessen Eigenthum besessen werden.

Man hat gegen diesen Vorschlag und die Begründung desselben eingewendet, daß dabei das Miteigenthum an einer Quote und an einem Quantum verwechselt werde. So unbegründet der Vorwurf der Verwechselung ist, so muß doch anerkannt werden, daß die Frage des Quantitäteneigenthums (s. Savigny: System Bd. VI S. 123) eine schwierige ist, und theoretisch manchen Zweifeln Raum geben kann. Praktisch dagegen ist sie im vorliegenden Falle nicht von Bedeutung. Bei einer nicht vertretbaren Sache kann es ein großer Unterschied sein, ob Jemandem das Eigenthum der ideellen oder der reellen Hälfte der Sache zusteht. Beim Quantitäteneigenthum aber kommt dieser Unterschied kaum in Betracht. Hat Jemand eine bestimmte Quantität von 100 Wispeln Getreide in Besitz, von denen mir das Eigenthum von 50 Wispeln eingeräumt werden soll, so ist es für mich in Betracht des Werthes ziemlich gleichgültig, ob mir die ideelle Hälfte dieser 100 Wispel oder die Befugniß, aus diesen 100 Wispeln 50 Wispel reell für mich auszuscheiden, überwiesen wird. Ganz ähnlich steht es mit den Werthpapieren. Hat der Commissionär z. B. 100 Consols à 1000 Mk. in Besitz, welche er für fünf verschiedene Committenten à 20 Consols von Dritten angekauft und geliefert erhalten oder aus seinen Beständen den Committenten überwiesen hat, so ist es praktisch gleichgültig, ob man das Eigenthumsverhältniß so construirt, daß man sagt, jedem der fünf Committenten stehe ein ideelles Fünftel dieser Papiere zu, welches der Commissionär für dieselben in Besitz habe, oder jeder der Committenten sei Eigenthümer von 20 dieser 100 Consols, da jeder einzelne dieser Consols im Werthe dem andern gleich ist.

Allein, wenn man auch ganz auf den Boden des Miteigenthums im Sinne des Tit. 17 Th. I des preuß. A.L.R. sich stellt, so ist man

Digitized by Google

doch in der Lage, einer gesetzlichen Bestimmung im Sinne des obigen Vorschlages das Wort zu reden. Der Gesetzgeber kann auch bei dieser Auffassung sehr wohl sagen, daß der Banquier, der entweder ein Quantum Papiere für seine Committenten von Dritten übergeben erhalten oder von den in seinem Bestande befindlichen Papieren den Committenten überwiesen hat, diese Papiere für die letzteren als ihr gemeinschaftliches Eigenthum besitze, mit der Befugniß, solange sie vollständig vorhanden, die einzelnen Papiere für den betreffenden berechtigten Committenten als sein individuell bestimmtes Eigenthum auszusondern. Es liegt dann in der Anzeige von der Ausführung des auf Erwerbung der Effecten gerichteten Auftrags zugleich die stillschweigende Erklärung, dieselben demnächst für die Committenten als deren Miteigenthum zu besitzen. Bei dieser Auffassung vom Miteigenthum der Committenten an diesen vertretbaren Sachen ist es auch nicht schwierig, für den Fall des Concurses und den Fall, daß die Papiere der Committenten dann nicht mehr vollständig vorhanden, eine geeignete Bestimmung zu treffen. Eine solche Bestimmung ist in der That Bedürfniß. Sind die Papiere qu. vollständig vorhanden, so machen die Miteigenthümer gemeinschaftlich ihr Miteigenthumsrecht an denselben als Vindicanten geltend. Fehlt dagegen ein Theil, so muß sich das Miteigenthumsrecht des einzelnen Committenten reduciren. Sind z. B. von den vorher bezeichneten 100 Consols in Folge von Malversationen 50 nicht mehr vorhanden, so reducirt sich das Miteigenthumsrecht derartig, daß jeder der 5 Committenten das Recht auf nur 10 Consols behält. Eine solche Bestimmung für den Fall des Concurses zu treffen, wäre ebenso billig als juristisch zu rechtfertigen. Es findet dann eine Art Particularconcurs statt, bei dem der ideelle Antheil des einzelnen Miteigenthümers so weit verringert wird, als die Reduction des Eigenthums sämmtlicher Miteigenthümer es erfordert.

Nach diesen drei Richtungen würde ich also ein gesetzgeberisches Einschreiten bezüglich des Bankdepotgeschäfts befürworten.

Was endlich die Frage betrifft, ob eine *besondere* gesetzgeberische Regelung des Bankdepotwesens vorzunehmen, oder ob diese Regelung bis zur Revision des Handelsgesetzbuchs zu verschieben, so sei es gestattet, einen kurzen Blick auf den Stand dieser Revision zu werfen.

Als im Jahre 1874 eine Commission tagte, welche die Aufgabe hatte, über Plan und Methode, nach welchen bei Aufstellung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zu verfahren sei, gutachtliche Vorschläge zu machen, so schlug dieselbe vor, daß nach beendigter erster Lesung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur Aufstellung des Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs von dem

Digitized by Google

Bundesrathe eine Commission zu ernennen sei, welche das Handelsrecht zu berathen und einen Entwurf in erster Lesung festzustellen habe, worauf nach beendigter zweiter Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs der Gesammtentwurf des Handelsgesetzbuchs einer zweiten Lesung und schließlichen Feststellung zu unterziehen sei. Der Bundesrath schloß sich diesen Vorschlägen an, beschloß, eine Commission für das bürgerliche Gesetzbuch von 11 Mitgliedern zu ernennen und behielt sich die weitere Bestimmung über Zusammensetzung der mit Aufstellung des Entwurfs des deutschen Handelsgesetzbuchs zu beauftragenden Commission vor. (S. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 20, S. 134—171.)

So sehr es principiell zu billigen sein dürfte, daß die Arbeiten betreffend das Handelsrecht sich erst an die Feststellung der Entwürfe des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs anschließen sollen, so ist es andererseits nach dem Verlaufe, welchen die letzteren Arbeiten genommen, zu bedauern, daß wir auf die Fertigstellung der Revision des Handelsgesetzbuchs noch sehr lange zu warten haben werden. Bei dieser Sachlage und mit Rücksicht auf das nicht wegzuleugnende praktische Bedürfniß scheint es mir wichtig, die Depotfrage von der Revision des Handelsgesetzbuchs, zu welcher sie eigentlich gehört, zu trennen und auf die Erledigung dieser Frage durch Specialgesetz hinzuwirken.

Digitized by Google

XI.

Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Julian Goldschmidt zu Berlin

über die Frage:

Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogenannten Bank-Depotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten?

I.

Daß unter der allgemeinen Bezeichnung: „Depot" drei specifisch gestaltete, nach Art und Wesen, wirthschaftlichem Stoff und rechtlichem Innenbau von einander grundverschiedene Gruppen von Erscheinungen auf dem Gebiete des Bankgeschäfts zu verzeichnen sind, ist in Lehre und Uebung, in Rechtsverkehr und Rechtsstreit längst anerkannt.

Wie auf so manchen anderen Gebieten des modernen Wirthschaftsverkehrs war aber der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung auch hier zunächst die Aufgabe erwachsen, durch den Schleier einer ungenauen Terminologie zum Verständniß der „rechtlichen Natur" durchzudringen und die Betrachtung des Gegenstandes von dem Banne einer Bezeichnung zu befreien, welche einem fremden Vorstellungskreise entstammend, nur geeignet war, die Erkenntniß zu trüben.

Jetzt freilich sind wir der Mühe des Nachweises überhoben, daß die Bezeichnung „Depot" in dem alleinigen Falle der Hingabe von Effecten zum Zwecke der Aufbewahrung sich mit dem an die römisch-rechtliche Bezeichnung: Depositum anknüpfenden Begriffe vollinhaltlich deckt; (Entsch. des R. O. H. G. Bd. XIX S. 78), während das „Gelddepot" oder „Geld-depositum", trotz des täuschenden Wortklanges, seine rechtliche Natur als

Digitized by Google

bankmäßiges Passiv- (Darlehns-) geschäft ebenso wenig verleugnet, wie das „Effectendepot" im Lombard- oder Bank-Commissionsgeschäft einem anderen Rechtsbegriffe unterthan ist, als dem des Faustpfandes, dessen wirthschaftliche Function in der Sicherung des Banquiers — und nur in dieser — für den dem Bankkunden gewährten Credit besteht. [1])

Zu erörtern bleibt hiernach lediglich die Frage, ob und inwieweit der thatsächlichen Verschiedenheit dieser unter gemeinsamer Bezeichnung in der Praxis einherschreitenden Geschäftsarten eine entsprechende gesetzgeberische Behandlung gebührt, eine Frage, deren Beantwortung in Nachstehendem versucht werden soll.

II.

Was aber soll gesetzlich geregelt werden, welche Mängel haben sich in der Praxis herausgestellt, die den Griff nach der bekannten „Klinke" rechtfertigen?

Man wird hierbei zweierlei zu unterscheiden haben:

a) Mängel, deren Grund in der Eigenartigkeit der Bankdepotgeschäfte, insbesondere ihrer Sprödigkeit der Anwendung allgemeiner civil- und strafrechtlicher Normen gegenüber zu suchen ist;

b) Mängel, welche in den durch den Großbetrieb dieser Geschäfte bedingten sittlichen und wirthschaftlichen Gefahren für das „Publicum", die persona incerta bestehen, weil letztere in dem Kampfe mit einer ausgebildeten, im Dienste des Sondereigennutzes mit unfehlbarer Sicherheit thätigen Berufstechnik, dieser gegenüber in eine nachtheilige Stellung gedrängt wird.

Ich beginne mit der ersteren Kategorie, in Bezug auf welche, um nicht anderwärts [2]) Gesagtes wiederholen zu müssen, ich mich kurz dahin zusammenfasse:

III.

Handelt es sich darum, dem „Depotkunden" des Banquiers diesem letztern gegenüber die erforderliche Rechtssicherheit zu gewähren, ihn mit den zur Verfolgung seiner Ansprüche erforderlichen Befugnissen

---

[1]) Vergl. meinen Vortrag „Zur Reform des Bankdepotwesens" in den Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins, Heft 1, Berlin 1892 S. 6. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band III S. 884 ff. (§ 430), Leipzig 1885, sowie die in meinem Vortrage citirte Litteratur, insbesondere Prof. Dr. L. Goldschmidt in den Preußischen Jahrbüchern, Decemberheft 1891 (Artikel „Börsen und Banken").

[2]) Vergl. meinen Vortrag im Berliner Anwaltsverein. a. a. O.

Digitized by Google

nach bürgerlichem Recht auszustatten, die Verletzung seiner Befugnisse gegebenenfalls auch mit der Schutzwehr des Strafgesetzes zu umgeben, so ist die Frage, ob der bisherige Rechtsschutz genügt, unbedenklich zu bejahen, wenn man erwägt, daß alle drei Depotarten, auf die drei bekannten, gesetzlich hinreichend ausgestatteten, typischen Grundformen des Depositums, des Faustpfandes und des Darlehns zurückzuführen sind. Ist mithin der Bauquier Depositar, Pfandgläubiger oder Darlehnsschuldner des Bankkunden, so ergiebt sich hieraus von selbst, daß dem letztern alle Befugnisse des Deponenten, Pfand- und Darlehnsgläubigers gegen den erstern zustehen müssen; daß während und nach Beendigung des Vertrages, sofern nicht besondere Abmachungen die allgemein gültigen (dispositiven) Normen, welche das Vertragsverhältniß als Depositum, Pfandgeschäft oder Darlehn beherrschen, außer Kraft gesetzt haben, Rechte und Pflichten der Contrahenten sich nach jenen Normen regeln müssen, welche ohne Rücksicht auf die Individualität des Falles, überall da zur Anwendung gelangen, wo die objectiven Thatbestandsmomente jener wohlbekannten Rechtstypen vorliegen.

Mehr als den Eigenthümer des „Depots" in gleicher Weise zu schützen, wie den Eigenthümer einer jeden anderen, der Obhut eines Dritten anvertrauten Sache, oder den „Depositenkunden" wie jeden anderen Darlehnsgläubiger, welcher seinen Sparpfennig bei einem Nichtbanquier verzinslich „angelegt" hat, mehr als den „Banquier" mit der Strafe der Unterschlagung, der Untreue, des Betruges für den Fall zu bedrohen, daß er sich einer Handlungsweise dem „Kunden" gegenüber schuldig machen sollte, welche die objectiven Merkmale einer Strafthat erkennen läßt, vermag das Gesetz nicht zu thun, es sei denn, daß eine besondere Schutzbedürftigkeit, ein erhöhtes Maß von Rechtsschutz, d. h. ein Privilegium gerade dieser Gruppe von Rechtsschutzbedürftigen, der Allgemeinheit gegenüber erheischen sollte.

Worin aber sollen die Merkmale jener erhöhten Schutzbedürftigkeit, die Rechtfertigung eines civil- oder strafrechtlichen Privilegs für den Eigenthümer des Effectendepots oder den Gelddepositen-„Einleger" bestehen?

Die Antwort hierauf sind alle diejenigen, welche einen erhöhten Rechtsschutz empfehlen, schuldig geblieben.[3]) Auch ist von keiner Seite ein Mehreres in Vorschlag gebracht worden, als eine Verschärfung der Strafvorschriften.[4]) Die weitergehenden Vorschläge erstreben nur eine

[3]) Vergl. Antrag v. Cuny und Genossen in den Drucksachen des Deutschen Reichstages Nr. 528 und 531.

[4]) A. a. O. „. . . . Die Unterschlagung von Depots wird mit Zuchthaus bestraft."

Digitized by Google

indirecte Sicherung des Depotkunden durch Reformen, welche, auf publicistischen Erwägungen beruhend, den civilrechtlichen Ausbau der hier in Frage kommenden Rechtsinstitute durch Erweiterung der Rechtssphäre des Depotkunden nach bürgerlichem Rechte nicht berühren und daher in die zweite Kategorie (II b) der zu erörternden Mängel fallen.

Man kann daher der abschließenden Darstellung des Professors Goldschmidt[5]) in Bezug auf die vorliegende Frage nur unbedingt zustimmen, indem man die Nothwendigkeit eines gesetzgeberischen Eingriffs in der Richtung des bürgerlichen und des Strafrechts unbedingt verneint. Denn derjenige, welcher einem Banquier Geld zum Zwecke der verzinslichen Anlage oder Effecten, sei es zum Zwecke der Aufbewahrung, sei es zur Sicherheit des Banquiers für gewährte oder zu gewährende Vorschüsse „anvertraut", genießt schon nach gegenwärtigem Recht den ausgiebigsten Schutz, auf welchen Eigenthümer und Darleiher nach allen zur Zeit in Dentschland geltenden Rechtssystemen irgend welchen Anspruch zu erheben vermögen. Aus der Unterschlagung des Depots aber ein specifisches Vergehen etwa nach Art des „Kirchendiebstahls"[6]) zu construiren, dafür fehlt es an aller und jeder gesetzgebungspolitischer Rechtfertigung.

IV.

Ist hiernach das Grenzgebiet, vor welchem die Reformbestrebungen der jüngsten Tage Halt zu machen genöthigt sind, scharf umrissen, so bleibt doch immerhin zu erörtern, ob und inwieweit die Erscheinungen des praktischen Lebens nicht auf einen gesetzlichen Ausbau hinweisen da, wo die Eigenthümlichkeit des Geschäftsverkehrs Zustände hervorbringt, welche sich als Zwischenstadien kenntlich machen, das heißt als solche, in welchen die dem betreffenden Rechtsverhältniß in seiner Vollendung inne wohnende Klarheit zeitweilig getrübt wird. Auf das „Bankdepot" angewandt lautet die Frage: Wie steht es denn um die Rechtssicherheit des Bankkunden in denjenigen Fällen, in welchen er auf Grund allgemeiner Rechtsregeln entweder das Eigenthum am Depot noch nicht erworben, oder es mit oder ohne seine Bewilligung verloren hat?

Noch präciser: Ist derjenige genügend geschützt, welcher in der wohlbegründeten Erwartung, durch Vermittelung des Banquiers das Eigenthum an Effecten zu erwerben, zwar sein dem Banquier zu diesem Zwecke anvertrautes Geld los wird, aber die dafür zu erwerbenden oder

---

[5]) Preußische Jahrbücher. Artikel: „Börsen und Banken", Decemberheft 1891.
[6]) Carolina Art. 171 und R. S. G. B. § 243 Nr. 1.

Digitized by Google

erworbenen Effecten nicht erhält, sei es, weil der Banquier dieselben in seinem Nutzen verwendet, sei es, weil ihm dieselben aus irgend welchem anderen Grunde abhanden gekommen sind? Und wie verhält es sich damit in dem umgekehrten Falle?

Daß das Effecten-Ein- und Verkaufs-Commissionsgeschäft — denn dieses ist es, dessen Züge in thatbestandsmäßiger Umschreibung vorstehend wiedergegeben sind — eine Ausnahme von der meine principielle Stellung beherrschenden Verneinung der Reformbedürftigkeit (cf. sub III) darstellen, kann schon um deswillen nicht behauptet werden, weil es sich hier eben nur um Vor- bezw. Nachstadien des Eigenthums an den den Gegenstand der Ein- oder Verkaufscommission bildenden Effecten handelt. Im erstern Falle ist der Bankkunde aus Rechtsgründen, die auf der Hand liegen, noch nicht Eigenthümer des Depots, im letzteren ist er es nicht mehr!

Man hat hier daher mit Recht die Frage aufgeworfen: Wie ist jener Gefahr für den Bankkunden vorzubeugen, welche zweifellos durch die Eigenthümlichkeit der die Ein- und Verkaufscommission begleitenden Vorgänge: Auftragsertheilung, Hingabe des Geldes zum Zwecke des Ankaufs von Effecten oder umgekehrt, Ausführung des Auftrages, Dazwischentreten dritter Personen bei der Lieferung, Empfang von Geld oder Waare seitens des Commissionärs, Benachrichtigung des Bankkunden von der Auftragsausführung und endlich Art dieser Benachrichtigung und Art der Aufbewahrung des Aequivalents des anvertrauten Tauschobjects (Geld oder Effecten) entsteht, wie ist, sage ich, die Gefahr zu beseitigen, daß der Bankkunde nicht während eines durch die Auftragsausführung bedingten Zwischenstadiums jenes ausgiebigen Rechtsschutzes, welcher ihm von Hause aus als Eigenthümer zusteht, verlustig gehe und seinen Vindications- in einen obligatorischen Anspruch sich verflüchtigen sehe?

Die Frage ist leichter gestellt als beantwortet, zumal in Deutschland, wo der Cultus der elegantia juris obenan steht, während die Bedürfnisse des praktischen Lebens nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie sich nicht anmaßen, einen „Bruch des Systems“ herbeizuführen! . . .

Ohne einen solchen ist nun aber dem Committenten wenigstens in denjenigen Rechtsgebieten nicht zu helfen, in welchen der Eigenthumerwerb, wie nach preußischem und gemeinem Civilrecht von der Gnade der Traditionstheorie sein kümmerliches Dasein fristet. Denn, wenn es wahr ist, daß nur derjenige die Rechte des Eigenthümers über eine bewegliche Sache erlangt, welchem der Rechtsvorgänger dieselbe, sei es durch Einräumung der körperlichen Gewahrsam, sei es durch Vornahme gewisser

Digitized by Google

mehr oder minder symbolischer Handlungen übergeben hat, die den Willen des Rechtsvorgängers nach außen kenntlich zu machen bestimmt sind, sich der Verfügungsgewalt über die zu übergebende Sache zu Gunsten des künftigen Erwerbers zu entschlagen, so leuchtet ohne Weiteres ein, daß die Rechtfertigung des Eigenthumsüberganges auf den Erwerber in den Banden eines mechanischen Willküractes seitens des Veräußerers gefesselt liegt. Auf die Einkaufscommission übertragen, lautet die Nutzanwendung so, daß der Committent dem Commissionär sein Hab und Gut zum Zwecke des Ankaufs von Effecten für ihn, den Committenten übergeben, daß der Commissionär es in diesem Sinne angenommen, den Auftrag ausgeführt und auch den Committenten von der Auftragsausführung benachrichtigt hat, daß über Zweck und Wesen des Geschäfts volles Einverständniß herrscht und dasselbe auch der Abrede gemäß thatsächlich zur Ausführung gelangt ist, daß aber alles das für die Frage, ob der Committent Eigenthümer des erworbenen Gutes geworden ist, so lange nichts verschlägt, als es dem Commissionär nicht beliebt, durch diese oder jene conventionelle Redewendung in dem Benachrichtigungsschreiben[7]), durch diesen oder jenen rein mechanischen Handgriff[8]) den Committenten zum „Eigenthümer" der mit seinem Gelde und für ihn angekauften Waare zu machen! Allein diese Erscheinung ist, wie gesagt, keine der Einkaufscommission eigenthümliche, sie steht und fällt mit der Uebergabe, d. h. mit dem den Eigenthumsübergang bedingenden Rechtselemente und würde, wie nach französischem Rechte[9]), da in Wegfall kommen, wo der Eigenthumserwerb, als directe Rechtsfolge des wirksam geschlossenen Veräußerungsgeschäfts, eintritt.

Wenn ich nun, dem allgemeinen Brauche mich fügend, an anderer Stelle[10]) mich gegen einen derartigen Eingriff in die grundlegende Systematik des Civilrechts durch Herstellung eines „neuen Concursprivilegs" ausgesprochen habe, so habe ich damit keineswegs meine Anhängerschaft an die von dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 874 ff.) aufs Neue verkündete Traditionstheorie, sondern lediglich den Verzicht auf eine Reform zum Ausdruck bringen wollen, welche nach

---

[7]) Nummernaufgaben-Mittheilung: „wir legten die Stücke in Ihr Depot" oder in „das Depot".

[8]) Aufbewahrung in einem besonderen den Namen des Committenten tragenden Raum, Eintragung der Nummern in das Depotbuch auf den Namen des Committenten ꝛc.

[9]) Code civil Art. 711, 1138, 838, 1583 und 1604 und Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs, vergl. 874 ff. Motive Bd. III S. 333 ff.

[10]) Mein Vortrag a. a. O. S. 16.

Digitized by Google

dermaliger Sachlage von der Gesetzgebung nicht ohne einen principiellen Frontwechsel erwartet werden darf.

Unter diesen Umständen erscheint mir daher der von Wiener[11]) gemachte Vorschlag, das Constitutum possessorium bei der Effecten-Ankaufscommission obligatorisch zu machen, um so beachtenswerther, als er die durch die Eigenthümlichkeit der hier in Frage kommenden Vorgänge geschaffenen Rechtszustände in thunlichst wirksamer Weise zu Gunsten des Committenten zu gestalten sucht, ohne der Traditionslehre zu nahe zu treten:

Wer für fremde Rechnung Effecten ankauft, soll darnach verpflichtet sein, bei Verlust seines Rechtes aus der Einkaufscommission gegen den Committenten, innerhalb einer bestimmten Frist[12]) Nummernaufgabe zu machen und die für ihn angekauften Effecten als in das Eigenthum des Committenten übergegangen, bis zu deren Ablieferung nach außen hin erkennbar machen.

Lediglich auf diesem Wege soll das für eine Zeit lang unsicher und schwankend gewordene Rechtsverhältniß zwischen Commissionär und Committenten in seiner ursprünglichen Klarheit wieder hergestellt, der Committent mithin zum Eigenthümer gemacht, der obligatorische zum dinglichen Anspruch gefestigt werden.

V.

Der Wiener'sche Vorschlag geht indessen nach meinem Dafürhalten zu weit und bedarf daher der Einschränkung. Denn nicht bei jeder Einkaufscommission liegen die gleichen wirthschaftlichen und sittlichen Vorbedingungen für den Eigenthumserwerb des Committenten an dem Commissionsgut vor, und nicht in jedem Falle ist es der Committent, welcher dem Commissionär sein „Vermögen" anvertraut. Auch der umgekehrte

---

[11]) Berliner Nationalzeitung vom 10. u. 11. December 1891.

[12]) Nach Lesse in den cit. Veröffentlichungen des Berliner Anwaltsvereins a. a. O. S. 37 ff., übereinstimmend mit mir, gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige. Auch sonst stimmt Lesse im Wesentlichen dem Wiener'schen Vorschlage bei. Daß nach Wiener und mir der Banquier, falls er das Constitutum unterläßt, seiner Pflichten aus der Auftragsausführung ledig werden sollte, beruht indessen auf einem Mißverständnisse des betreffenden Vorschlages. Selbstredend kann, wenn das Präjudiz auf den Verlust der Rechte gestellt ist, damit nicht auch gleichzeitig Befreiung von den correspondirenden Pflichten gemeint sein. Es herrscht mithin, was ich zur Vermeidung von Mißverständnissen hier betonen will, zwischen Wiener, Lesse und mir vollständige Uebereinstimmung darüber, daß die Zuwiderhandlung gegen das Gebot des Constitutum nur dem Committenten das Rücktrittsrecht vom Vertrage gewährt.

Digitized by Google

Fall ist nicht bloß denkbar, sondern tritt in der Praxis vielfach in die Erscheinung. Wie nun, wenn der Commissionär dem speculirenden Bankkunden seine, des Commissionärs Geldmittel zur Verfügung stellt? Soll er auch dann verpflichtet sein, den Auftraggeber zum Eigenthümer an den für seine Rechnung gekauften Effecten zu machen und sich mit dem rechtlich und wirthschaftlich wesentlich bescheideneren Theile des „Commissionspfandes" (Art. 374 H.G.B.) begnügen? Zu einer derartigen Ueberspannung der Rechte des Committenten dem Commissionär gegenüber liegt meines Erachtens ein zureichender Grund nicht vor. Denn wenn es auch richtig sein mag, daß der Commissionär, falls er den Ankauf des Commissionsguts aus eigenen und nicht aus den Mitteln des Committenten bewirkt, durch das ihm gesetzlich zustehende Pfandrecht am Commissionsgut in thesi geschützt ist, so trifft dies sicherlich dann nicht zu, wenn das Pfandobject zwischen Ankaufs- und Lieferungstermin (sc. an den Committenten) einer Werthminderung (Coursrückgang) unterworfen ist. Nun ist zwar im Hinblick auf die im Bankcommissionsgeschäfte üblichen Gepflogenheiten die Gefahr für den Commissionär im Allgemeinen keine allzu große, da derselbe meist auch für diese Differenz für hinreichende Deckung bei Beginn der Geschäftsverbindung zu sorgen pflegt. Gleichwohl ist nicht einzusehen, weshalb bei der Einführung des obligatorischen Constitutum possessorium nicht auch der Eventualität Rechnung getragen werden sollte, daß der Commissionär keine genügende Deckung für Coursrückgänge besitzt und vor allen Dingen die unter allen Umständen eintretende Festlegung seiner auf beständigen Umsatz angewiesenen Capitalien keine Berücksichtigung finden darf? Soll nun, im Hinblick auf die letzterwähnte Erwägung, der Commissionär gleichwohl genöthigt sein, das „Depot" als ein Nolime-tangere zu betrachten und der Willkür des Commissionärs preisgegeben sein? Soll in einem solchen Falle der Versuch anderweitiger Flüssigmachung der in getäuschter Erwartung auf rechtzeitige Abnahme der angekauften Effecten in diesen festgelegten Geldmittel durch Lombardirung oder Veräußerung mit der Strafe der Unterschlagung oder der Untreue bedroht sein?

Denn dieses würde ja nur die rechtliche Consequenz der durch das obligatorische Constitutum bewirkten Eigenthumsübertragung sein!

Und wie würde sich alsdann die Realisationsbefugniß aus Art. 375 des H.G.B. juristisch gestalten? Sehr einfach, gewiß, als Pfandveräußerung unter Beobachtung der Vorschrift des Art. 310 H.G.B.

Aber würde nicht gerade die Zulässigkeit dieser Art der Befriedigung aus dem Pfande gegenüber der mit Strafe bedrohten milderen Art

Digitized by Google

der Realisirung, welche dem Committenten die Möglichkeit, das Eigenthum an den für seine Rechnung angekauften Stücken zu erwerben, offen läßt, als ein unlöslicher Widerspruch erscheinen? Es ist in der That nicht abzusehen, warum die festgelegten Mittel nur durch Zwangsverkauf und nicht auch im Wege der Lombardirung sollten flüssig gemacht werden dürfen, und weshalb gerade die die Interessen des Committenten in höherem Maße schonende Form der Realisirung den Commissionär nothgedrungen mit dem Strafgesetze in Conflict bringen soll!

Ich würde deshalb, wie ich dies bereits an anderer Stelle gethan, dem Wiener'schen Vorschlage nur insoweit das Wort reden, als derselbe sich damit begnügt, die „Commissionswaare" (nicht zu verwechseln mit „Commissionspfand") im weiteren Sinne, d. h. die mit dem Gelde des Committenten angekauften Effecten in das Eigenthum des Committenten zu dirigiren, nicht aber, insoweit es sich um die Ausnutzung der Vorschüsse des Commissionärs zum Zwecke des Ankaufs von Effecten handelt. Dem berechtigten (nicht speculativen) Interesse des ersteren an der thunlichst raschen Wiederherstellung seines Eigenthums an dem Tauschobjecte steht das nicht minder berechtigte Interesse des Commissionärs nach schleunigster Wiedererlangung der festgelegten Betriebsmittel gegenüber; und wenn auch im Hinblick auf die Ungleichheit der einander gegenüberstehenden Kräfte die Schutzbedürftigkeit auf Seiten des Committenten in der Regel die größere sein wird, so liegt doch der geringeren Schutzbedürftigkeit gegenüber kein Grund vor, den Schutz ganz zu versagen und den Commissionär in einzelnen Fällen entweder der Willkür speculativer Bankkunden vollständig preiszugeben oder ihn zu nöthigen, durch sofortige Zwangsrealisation unter Umständen die beiderseitigen Interessen zu schädigen. Es entspricht vielmehr der Billigkeit, den erstern so lange in seinem Eigenthum zu schützen und nicht etwa im Wege des obligatorischen Constitutum zu Nutz und Frommen des letzteren zu enteignen, als dieser nicht durch Zahlung des Kaufpreises die ökonomische Vorbedingung für den Eigenthumserwerb an dem Aequivalente seiner Leistung hergestellt hat.

VI.

Zwei leitende Gesichtspunkte ergeben sich aus der vorstehenden Erörterung für die Frage nach einer etwaigen gesetzlichen Neugestaltung der sogenannten „Bankdepotgeschäfte", das heißt derjenigen, in der Regel durch die Vermittelung von Banquiers bewirkten An- und Verkäufe marktgängiger Werthpapiere, welche, gleichviel aus welchem Grunde, in die Gewahrsam des Banquiers gelangen. Der Bankkunde (Auftrag-

Digitized by Google

geber, Committent) soll einmal in seinem Eigenthum an den individuell bezeichneten Stücken geschützt bleiben und nicht auf den Weg des persönlichen Wertherſatzanſruchs verwiesen werden können; und zum andern, da, wo es, wie bei der Einkaufscommission, an den Kriterien des Eigenthumserwerbes aus banktechnischen Gründen zeitweilig mangelt, ist jenes „Zwischenstadium" im Wege der obligatorischen Herstellung des Uebergabesurrogates (constitutum possessorium) thunlichst abzukürzen! Damit ist aber auch die Reihe der denkbaren Reformvorschläge auf diesem Gebiete erschöpft, soweit es sich um die Erweiterung der Rechtsphäre des Bankkunden handelt. —

Das in Zeiten wirthschaftlicher Calamitäten sich immer geltend machende Streben, einen „Schuldigen" zu finden, sei es in Gestalt eines nach dieser Richtung thätigen Individualwillens, sei es in Gestalt eines verfehlten Gesetzes, hat indessen dahin geführt, bei der Frage, wie denn den etwaigen Mißbräuchen der Gewahrsam an Effecten, welche im Zusammenhange mit dem Commisſionsgeschäfte in die thatsächliche Verfügungsgewalt des Banquiers gelangt sind, am wirksamsten entgegenzutreten ist, in dem Artikel 376 H.G.B. die Quelle alles Uebels zu entdecken. [13])

Eine eingehende Erörterung der Frage, ob und inwieweit nun das auf dieser Gesetzesbestimmung beruhende Recht des Commissionärs, als Selbstcontrahent (Proprehändler) dem Committenten gegenüber zu treten, einer Einschränkung oder wohl gar der Beseitigung bedarf, steht indessen mit der mir gestellten Aufgabe in einem so losen Zusammenhange, daß ich mich darauf beschränken muß, die für die rechtliche Behandlung der „Depots" sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen kurz zu berühren, zumal gerade das Recht des Commissionärs aus Art. 376 meines Wissens zum Gegenstande besonderer Gutachten für den diesjährigen Juristentag gemacht ist.

Es liegt im Wesen des Bankcommissionsgeschäfts nach der ihm durch das H.G.B. angewiesenen Stellung, daß seine enge thatsächliche Verbindung mit dem Eigengeschäft auf die Doppelnatur in seinem rechtlichen Innenbau nicht ohne Einfluß geblieben ist.

Aus dieser Doppelstellung des Commissionärs als Stellvertreter und Eigenhändler heraus ist diese, dem französischen Rechte, welches dem deutschen Handelsrechte in so mannigfacher Hinsicht als Vorbild gedient hat, völlig fremde Befugniß des Commissionärs zu erklären, je nach Bedarf, die Maske des Vermittlers abzuwerfen und sich dem über-

[13]) cf. A. Eschenbach, „Zur Reorganisation des Terminhandels" in den preußischen Jahrbüchern, Octoberheft 1891.

Digitized by Google

raschten Auftraggeber in seiner wahren Gestalt, als Eigenhändler, vorzustellen, oder aber auch dieselbe dann aufzusetzen, wenn es seine Interessen nach Lage der Sache wünschenswerth erscheinen lassen.

Gewiß ist, daß durch diese Doppelstellung des Commissionärs das speculative Element, welches dem Effecten-Commissionsgeschäft schon ohnehin nicht fremd ist, um ein Erhebliches verstärkt wird. Dies gilt schon vom Cassageschäft, welches sich bei dem Selbstcontrahirungsrecht des Commissionärs, insbesondere nach der bisherigen Rechtsprechung,[14]) leicht zu einem für den Commissionär stets gewinnreichen Speculationsgeschäft gestalten kann. Ganz besonders aber auch, aus naheliegenden Gründen, von dem sogenannten Zeitgeschäft. Allein in der Frage nach der dem „Depot" als Commissionspfande dadurch angewiesenen Rechtsstellung ändert sich meines Erachtens durch diese Doppelstellung ganz und gar nichts, insofern nämlich, als es für den Bankkunden völlig gleich bleibt, ob die mit der Ausführungsanzeige ihm als für seine Rechnung angekauft bezeichneten Stücke aus dem Besitz des N. N. oder dem des X. Y. herrühren. Für den Eigenthumserwerb genügt die Individualisirung der angekauften Stücke im Wege der Nummernaufgabe oder auf andere Art. Auch die Verkaufscommission wird, sofern es sich lediglich um die civilrechtlichen Wirkungen der Veräußerung des Commissionsguts handelt, von dem Selbsteintrittsrechte des Commissionärs ganz und gar nicht berührt. Die damit zusammenhängenden specifischen Gefahren sittlicher und socialpolitischer Natur finden daher wohl an anderer Stelle die ihnen gebührende Würdigung.

VII.

Ist nun aber auch das Recht aus Art. 376 cit. ohne Einfluß auf die Frage, welche den Gegenstand dieses Gutachtens bildet, so steht es doch mit diesem insofern in einem gewissen, nicht ganz zu ignorirenden Zusammenhange, als es mit den symptomatischen Erscheinungen auf dem Gebiete des Bankdepot-Wesens, welche die gegenwärtige Reformbewegung in Fluß gebracht haben, in dem gleichen Nährboden wurzelt.

Die Doppelnatur des heutigen Banquiergewerbes in Deutschland als Vermittlungs- und Eigenhandel ist es, wie gesagt, auf welchem das Selbsteintrittsrecht des Commissionärs beruht, aus welcher es gleichsam organisch herausgewachsen ist.[15])

---

[14]) Entsch. d. R.O.H.G. XIX S. 355, XX S. 328. Entsch. d. R.G. I S. 288, VI S 46, cf. auch R.G. XIX S. 100, R.O.H.G. XVI S. 334.

[15]) Cfr. Grünhut, Das Recht des Commissionshandels. Wien 1879 S. 452 ff. Derselbe in Endemann's Handbuch Bd. III S. 251 ff.

Digitized by Google

Nichts möchte daher gewagter erscheinen, als, das Kind mit dem Bade ausschüttend, den Selbsteintritt ganz zu verbieten, solange jene Verquickung dieser beiden, nach meiner Auffassung begrifflich und wirthschaftlich mit einander nicht zu vereinbarenden Elemente von Rechts- und Uebungswegen fortbesteht. Ja, ich möchte sagen, daß dasselbe unter den gegenwärtigen Verhältnissen in der Hand des verständigen und redlichen Commissionärs unter Umständen nur beiden Theilen nützlich und ersprießlich werden kann. Dies zeigt sich am deutlichsten bei der Ein- und Verkaufscommission in Cassapapieren, in welchen, zufolge der verhältnißmäßig geringen Quantitäen, in welchen dieselben existiren, ein täglicher, den An- oder Verkauf beliebiger Beträge an der Börse ermöglichender Umsatz keineswegs stattfindet. Ob nun die trotzdem in dem Courszettel täglich verzeichnete Notiz, welche in dem börsenunkundigen Publicum die Vorstellung begründet, das betreffende Papier sei ein „marktgängiges", nicht eine Quelle zahlreicher Uebel ist, habe ich hier nicht zu erörtern.[16]) Thatsache ist, daß eine auch noch so winzige Nachfrage oder ein noch so winziges Angebot in einem derartig kleinen Cassapapier den Cours ohne Anlaß um Procente ebenso gut in die Höhe schnellt, wie in die Tiefe senkt. Wer die Verhältnisse an der Berliner Börse kennt, dem wird auch trotz aller Sachverständigen-Gutachten nicht verborgen bleiben, daß die „Coursentwickelung", dem reinen Zufall, d. h. dem spontanen Spiel der sogenannten „Factoren der Preisbildung" überlassen, die wunderbarsten Sprünge, von denen sich die Schulweisheit auch der verständigsten „Sachverständigen" nichts träumen läßt, zu machen im Stande ist. Hier wirkt die vernünftige „Intervention" redlicher Interessenten in der That oftmals regulirend und mäßigend ein. Ist nun also der Commissionär, welcher den unlimitirten Auftrag zum Ankauf eines derartigen Papiers an der Börse erhalten hat, zugleich Besitzer desselben, so handelt er sicherlich nur im Interesse seines Auftraggebers, wenn er, anstatt diesen Auftrag dem Makler an der Börse zu überschreiben und ein gegen die letzte Coursnotiz unverhältnißmäßig theures Angebot cujus vis e populo zu provociren, die von seinem Committenten begehrte Waare zu einem angemessenen Course selbst liefert,

---

[16]) Meines Erachtens wird es die Aufgabe der jetzt in Thätigkeit getretenen Börsen-Enquête-Commission sein, dieser Frage einmal scharf ins Gesicht zu sehen und zu erwägen, ob die tägliche Coursnotiz kleinerer Cassapapiere, welche in Gesammtbeträgen von 500 000 Mk. und darunter, oder selbst von 2—3 000 000 Mk. existiren, nicht die eigentliche Quelle jener ganz willkürlichen, lediglich den Wünschen jeweiliger Interessenten entsprechender Bewerthungen sind, welche gleichsam die Leimruthen bilden, an den die Gimpel („badauds") gefangen werden! Einen lehrreichen Beitrag liefert zu diesem Capitel der Proceß Polke!

Digitized by Google

oder im umgekehrten Falle, um nicht einen durch eine noch so geringfügige Verkaufsordre bedingten unverhältnißmäßigen Coursſturz zu verhindern, dem Committenten ſelbſt zu angemeſſenem Courſe abnimmt. Daß er als Eigenhändler auf dieſem Wege thatſächlich einem anderen Committenten gegenüber in der umgekehrten Rolle des Gegencontrahenten auftritt, iſt nur geeignet, ſeine Function als ein die Coursentwickelung nach oben und unten mäßigendes Element zu fördern. Ihm die Ausübung dieſer Thätigkeit durch die radicale Beſeitigung des Selbſteintrittsrechts unmöglich machen, wäre wohl auf dem Boden der Thatſachen, mit denen gegenwärtig zu rechnen iſt, nicht angängig. Es genügt vorläufig, die Auswüchſe dieſes Rechts durch thunlichſte Beſeitigung der ſpeculativen Gefahren, welche ſich bisher im Gefolge des Art. 376 gezeigt haben, zu bekämpfen. Dafür aber reicht wohl einerſeits das auch von Leſſe in Uebereinſtimmung mit Wiener und mir[17]) proponirte Gebot, die Ausübung des Selbſteintrittsrechts, bei Vermeidung des Verluſtes, mit der Ausführungsanzeige[18]) zu verbinden; andererſeits die durch die Rechtſprechung des Reichsgerichts[19]) mit genügender Schärfe betonte Pflicht des Commiſſionärs zur Rechnungsablage, welche der doloſen Ausbeutung des börſenunkundigen Committenten durch den geſchäftsgewandten Commiſſionär ſchon jetzt einen Riegel vorſchiebt; vollſtändig aus.

VIII.

Bei der Erörterung wirthſchaftlicher Tagesfragen, wie die vorliegende, erwächſt dem Geſetzgeber die ſchwierige Aufgabe, ſich von dem täuſchenden Schein des Symptomes nicht über die Tragweite ſeiner Beſeitigung hinters Licht führen zu laſſen.

So achtbar daher auch jene legislativen Vorſchläge an ſich erſcheinen, welchen ich bisher meine Aufmerkſamkeit gewidmet habe, ſo wenig bin ich davon überzeugt, daß dieſelben geeignet ſind, dem Uebel, das ſie eigentlich bekämpfen, ernſthaft abzuhelfen. Und irren wir nicht, ſo iſt der Ruf nach geſetzgeberiſcher Hülfe, welcher ſich in Zeiten wirthſchaftlichen Unbehagens immer und immer wieder vernehmen läßt, nur in den ſeltenſten Fällen dahin zu deuten, daß es den „Geſchädigten“ an dem erforderlichen Rechtsſchutz gebräche. Denn dieſer kann wieder-

---

[17]) Veröffentlichungen aus dem Berl. Anw. Ver. a. a. O. S. 40.

[18]) Nach Leſſe: „bei Uebernahme des Auftrages“. Doch ſcheint mir hier wohl im Hinblick darauf, wie ſich die Auftragsannahme im Verkehr zu vollziehen pflegt, die Ausführungsanzeige gemeint zu ſein. Vgl. übrigens die in der vorigen Anmerkung citirten Veröffentlichungen a. a. O.

[19]) R.G. Bd. XIX S. 100 ff. cf. Gareis und Fuchsberger, Handelsgeſetzbuch zu Art. 376 Nr. 92 ff.

Digitized by Google

herstellend nur da wirken, wo auf Seiten des Schädigers die ökonomischen Voraussetzungen desjenigen vorliegen, was man fälschlich „zu seinem Rechte kommen" nennt und lieber „zu seinem Gelde kommen" nennen sollte! In Wirklichkeit sind es immer und immer wieder socialpolitische Erwägungen, welche sich allmählich aus der dumpfen Atmosphäre des „Krachs" zu entwickeln pflegen, wenn das Suchen nach dem unvermeidlichen „Sündenbock" zu einem befriedigenden Ergebniß nicht geführt hat!

Man pflegt dann den Boden, auf welchem die befremdlichen Erscheinungen zu Tage getreten sind, des Näheren zu untersuchen und findet nicht selten, daß es mit dem ein- oder zehnmaligen Ausjäten des Unkrauts allein nicht gethan, daß vielmehr die Pflugschaar in das Erdreich tiefer zu senken, vielleicht auch in der stofflichen Zusammensetzung der Ackerkrume diese oder jene „künstliche" Veränderung dringend geboten erscheint.

Es will mir daher scheinen, als ob die Reformbewegung, welche an den hie und da in letzter Zeit — wie wir zur Ehre des deutschen Banquiergewerbes hinzufügen müssen, in verhältnißmäßig geringer Zahl — vorgekommenen Unterschlagungen von „Depots" angeknüpft hat, gegenwärtig in die richtigen Bahnen geleitet wäre, wenn sie unbeschadet ersprießlicher Einzelreformen, sich über das gesammte Gebiet derjenigen Erscheinungen erstreckt, welche sich um das hochbedeutsame und für unsere jetzige Wirthschaftsstufe unentbehrliche Institut der Börse gruppiren.

Unter diesem Gesichtspunkte habe ich daher schon vor geraumer Zeit, gleich beim Beginn jener Bewegung, die Frage der Reform des „Depotwesens" in erster Linie im Zusammenhange mit der Frage erörtern zu sollen geglaubt, ob und inwieweit nicht dasselbe nur als ein integrirender Theil der Frage nach der Reformbedürftigkeit des Bankcommissionsgeschäfts in seiner Gesammtheit zu erörtern sein möchte[20]).

Denn unwillkürlich drängt sich bei der Frage nach den objectiven Garantieen, welche die jetzige Gestalt der Dinge dem Publicum darbietet, die Frage nach einer etwaigen Umgestaltung der grundlegenden Rechtsstellung des Commissionärs seinem Auftraggeber gegenüber auf. Soll der Commissionär aus der bisherigen Unabhängigkeit dem „Dritten" gegenüber, welche ihm das Handeln im „eigenen" Namen verleiht, in die Hörigkeit des „Stellvertreters" rückgebildet werden, soll

---

[20]) Mein Vortrag a. a. O. S. 2.

Digitized by Google

er nicht bloß für „fremde Rechnung", sondern auch, wie weiland[21]), im „fremden Namen" handeln dürfen? Das ist der Punkt, an welchem die rechtliche Betrachtung anzusetzen hat. Und verlockend genug erscheint dieser Rückbildungsproceß vom Standpunkt der Depotfrage: denn damit würden alle aus der Zwiespältigkeit des Verhältnisses sich herschreibenden Schwierigkeiten in der Behandlung des „Eigenthums" am Depot mit einem Schlage gelöst sein.

Aber um die petitio principii kommt man auch auf diesem Wege nicht herum. Denn diese würde sich immer in der Richtung zuspitzen, ob denn diese juristische „Construction" (Ihering) dem „Thatbestand" (Thöl) entspricht, mit anderen Worten, ob es denn wahr ist, daß der Commissionär des heutigen Bankverkehrs nur „Vertreter" und nichts als „Vertreter" seines Committenten und nicht nebenher oder wohl gar in erster Linie Eigenhändler in des Wortes modernster Bedeutung ist.

Die Antwort hierauf kann nach dem oben Gesagten nicht zweifelhaft sein! Und damit wären wir wieder zu dem Ausgangspunkte dieser Erörterung zurückgekehrt, nämlich zu der grundlegenden Frage, ob die auf dem Gebiete des Bankdepotwesens zu Tage getretenen Mißstände nicht vielmehr in den sub IIb[22]) charakterisirten Umständen ihre eigentliche Grundlage finden.

IX.

Mit anderen Worten: Hier helfen keine kleinen civilrechtlichen Hausmittel, auch nicht die Schneidigkeit des amputationslustigen Socialchirurgen, welcher gegen alle derartigen Uebelstände einen blanken Zuchthausparagraphen in Bereitschaft hält. Desgleichen ist mit jenem geschichtslosen Enthusiasmus für Erscheinungen, welche sich „anderwärts" zu Nutz und Frommen der glücklichen Bewohner fremder Länder bewährt haben, nur in bescheidenem Umfange etwas anzufangen!

Hier vermag der Gesetzgeber nur bei voraussetzungslos ruhiger Betrachtung der concreten Sachlage die Richtung anzugeben, in welcher aus der Initiative der betheiligten Kreise heraus jene Reformen sich zu bewegen haben, ohne welche die bei jeder „Krisis" aufs Neue auftauchende Discussion nur als eine Paraphrase jener abgestandenen Redewendungen von „denen" erscheint, welche „nicht alle werden" auf der einen

---

[21]) Cfr. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I S. 331 (Stuttgart 1891). Grünhut, Das Recht des Concessionshandels § 1 ff., Wien 1879 und in Endemann's Handbuch Bd. III. S. 157 ff. § 312.

[22]) S. 402.

Digitized by Google

und von der „Aufgabe des Staates“ dafür zu sorgen, daß der brave Steuerzahler nicht in schlechte Gesellschaft gerathe!

Lediglich in diesem Sinne möchte ich, was ich zur Vermeidung von Mißverständnissen besonders betonen möchte, die nachfolgenden bescheidenen Vorschläge einer Prüfung nach ihrer grundsätzlichen Seite unterzogen wissen.

Daß das Wesen des Vermittlungsgeschäfts in seiner wirthschaftlichen und sittlichen Eigenart von dem des sogenannten „Propregeschäfts“ oder Eigenhandels sich nicht unerheblich unterscheidet, darüber wird eine auch nur flüchtige Betrachtung keinen Zweifel aufkommen lassen. Hier als grundlegender Factor die Thätigkeit des Vermittlers, welche auf die Annäherung der sich ergänzenden wirthschaftlichen Triebkräfte des Vorraths und des Bedarfs gerichtet ist, dort das werbende Capital, welches im Kauf-Verkauf seine eigentliche Bethätigung sucht; hier der durch keinerlei Vertragsrücksichten gehemmte Eigennutz, welcher lediglich vor der Schranke des Staats- und Sittengesetzes Halt zu machen genöthigt ist, dort der im Dienste des Auftraggebers und zu dessen Nutz und Frommen thätige Vermittlerwille, dessen eigenes Interesse sich in dem Streben erschöpft, das für Rechnung und im Namen des Auftraggebers zu thätigende Geschäft zu Stande zu bringen und damit den Anspruch auf das Aequivalent der hierauf abzielenden Mühewaltung in Gestalt der „Provision“ zu erringen. Hier eine vorwiegende egoistische, dort eine ihrem Wesen und ihrer Natur nach altruistische[23]) Thätigkeit, deren Entgeltlichkeit gerade darauf beruht, daß das altruistische Moment thunlichst zum Ausdruck gelange!

Ergiebt sich nicht schon aus dem Gegensatze der Stellvertretung dem für sich selbst thätigen Einzelwillen gegenüber die absolute Unvereinbarkeit beider mit einander da, wo die wirthschaftlichen Interessen des Geschäftsherrn mit denen des Beauftragten auseinandergehen? Ist es wahrscheinlich, daß der letztere die Interessen des ersteren nach Pflicht und Gewissen wahrnehmen werde, wenn dieselben seinen eigenen zuwiderlaufen? Kann, mit anderen Worten, von dem Bankcommissionär vernünftiger Weise erwartet werden, er werde in einem Conflicte zwischen seinen mehr oder minder berechtigten eigenen Interessen — er ist in den ihm zum Verkauf übergegebenen Papier à la hausse engagirt oder um-

[23]) Vergl. Paulsen, System der Ethik, S. 312 ff. Berlin 1891. Wundt, Ethik S. 355 ff. Stuttgart 1886. Hier ist natürlich in erster Linie von der wirthschaftlichen Bedeutung dieses ethischen Moments die Rede, wenngleich nicht verkannt wird, wie sehr gerade hier das sittliche Element des „Vertrauens“ sich zu einem und vielleicht dem wesentlichsten juristischen Thatbestandsmoment gestaltet!

Digitized by Google

gekehrt — und denen des Committenten die seinigen opfern? Oder ist nicht vielmehr — nach menschlicher Berechnung — der entgegengesetzte Fall als der normale anzusehen? Ich meine: daß sich das „Commissionsgeschäft", um Levin Goldschmidt's[24]) treffenden Ausdruck zu gebrauchen, „aus der commenda" bereits im Mittelalter „herausgeschält und unter Festhaltung der Entgeltlichkeit, immer mehr den durchaus passenden Rechtssätzen des römischen Mandats unterstellt" hat, ist aus der ethisch-juristischen ebenso sehr, wie aus seiner wirthschaftlichen Natur, als eines Geschäfts, dessen Entgeltlichkeit gerade auf dem Stellvertretungsmoment beruht, nur allzuleicht zu erklären. Keineswegs müßig mag daher die Frage erscheinen, ob denn das A. D. H. G. B., als es bei der Regelung des Commissionsgeschäftes (Art. 360—378) sich von den Fesseln der Stellvertretungstheorie losreißend, selbst über das französische Recht (Art. 94 Code de commerce)[25]) hinausging, einen glücklichen Griff gethan hat. Denn daß das Commissionsgeschäft in seiner ihm durch das A. D. H. G. B. verliehenen rechtlichen Gestalt nicht etwa vom „Urbeginne" an, im Plane der Schöpfung gedacht ist, darüber herrscht angesichts des völligen Mangels an geschichtlicher Continuität mit gleichartigen Rechtsbildungen anderer Epochen und anderer Völker kaum ein begründeter Zweifel.[26])

Irren wir nicht,[27]) so war bei der Codificirung des auf das Commissionsgeschäft bezüglichen Rechts vornehmlich die Rücksicht auf die damals und jetzt in Deutschland wenig durchgeführte Arbeitstheilung zwischen dem Commissionär und dem Eigenhändler maßgebend, welche in dem Selbstcontrahirungsrecht des Art. 376 zu schärfster Ausprägung gelangt ist.

Eine auf die Lockerung dieser mit nicht unerheblichen Gefahren verbundenen Personalunion abzielende Gesetzesvorschrift würde daher nur die Rückkehr zu jenem Rechtszustande vorbereiten, bei welchem der Commissionär die ihm von Hause aus zugewiesene Function des Stellvertreters (Mandatars) wieder aufnähme. Keinesfalls würde aber seine Rechtsstellung dadurch irgend welche Einbuße erleiden, daß sie nicht an das

---

[24]) A. a. O. S. 331.

[25]) Le commissionaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un comettant.

Les devoirs et les droits du commissionaire qui agit au nom d'un comettant sont déterminés par le Code Napoléon (Code civil) livre III titre XIII.

Lyon-Caen et Renault. Précis de droit commercial. Paris 1879. p. 405 ff.

[26]) Vergl. Gareis und Fuchsberger, Commentar zu Art. 360—378 S. 773 Note 2 und Grünhut, Das Recht des Commissionshandels S. 27 ff.

[27]) Dies scheinen wenigstens die Protocolle der Commission zur Berathung des H. G. B. S. 683 ff. 743 ff. zu ergeben.

Digitized by Google

alleinige Kriterium des Contrahirens im „eigenen Namen“ gebunden bliebe. Zum mindesten müßte die Alternative des Code de commerce (Art. 94 cit.) auch für das deutsche Handelsrecht wiederhergestellt werden, damit der Commissionär da, wo es die Individualität des Falles gebietet, auch in der Lage sei, den Committenten direct zu berechtigen und zu verpflichten; vor Allem aber, in Fällen, in welchen sein Interesse mit dem des Auftraggebers collidirt, nicht in die Versuchung gerathe, dem Sinn und der Natur des Auftrages entgegenzuhandeln. Diese Collisionen sind es aber nicht allein, welche eine thunlichste Trennung des reinen Bankcommissionsgeschäfts vom Propregeschäft, ähnlich wie sich dies in Frankreich zwischen agent de change und coulissier, in England zwischen broker und dealer, alias stock-jobber,[28]) banker und foreign banker frühzeitig vollzogen hat, wünschenswerth erscheinen lassen. Auch die Solvenz des Commissionärs wird durch die Verbindung mit dem Proprehandel gerade in Börseneffecten nicht unerheblich gefährdet und damit auch die Gefahr für den Committenten entsprechend erhöht. Denn, wenn der Commissionär sich lediglich auf den Abschluß von Geschäften für fremde Rechnung beschränkt, dann ist der Fall der Insolvenz nur denkbar, wenn er, was zu den verschwindenden Ausnahmen gehört, zugleich seine Geldmittel engagirt, d. h. für den Committenten entweder del credere steht oder in Vorschuß tritt. Mit diesen dem Geschäft gleichsam „immanenten“ Gefahren muß aber jeder rechnen, der eine Ein- oder Verkaufscommission ertheilt. Wenn aber der Commissionär, wie dies in der Natur des Börsengeschäfts begründet, vorzugsweise in speculativen Engagements verstrickt ist, dann wird die Gefahr, im Falle der Insolvenz des Commissionärs statt der ihm in natura anvertrauten Effecten mit einer persönlichen Concursforderung abgespeist zu werden, um so größer, je überwiegender die Thätigkeit des Commissionärs dieser Art von Eigenhandel zugewandt ist.

Man sieht unschwer, daß die eigentliche Gefahr, welche auf thunlichste Verdinglichung des Rechtes des Committenten am Commissionsgut hinweist, da fast illusorisch wird, wo der Commissionär seine Thätigkeit auf die Rolle des Stellvertreters beschränkt, und daß der persönliche Anspruch nicht weniger leistet, als die Vindication da, wo ein wirthschaftliches Gleichgewicht zwischen Activen und Passiven des Committenten dessen stete Zahlungsbereitschaft gewährleistet.[29])

Nun wäre freilich die Erwartung nichts weniger als begründet, es könne sich ein solcher Wandel in einem so fein organisirten Gewerbe,

[28]) Vergl. meinen Vortrag a. a. O. S. 24 ff. Struck, Die Effectencourse. Leipzig 1881 S. 1—26.

[29]) Vgl. meine „Deutsche Hypothekenbanken“. Jena 1880 S. 45 ff.

Digitized by Google

wie es das Bankcommissionsgeschäft in Deutschland, Dank seiner Verbindung mit dem Eigen- (Cassa- und Zeit-), dem Lombard-, Discont- und Emissionsgeschäft im Laufe dieses Jahrhunderts geworden ist, von heute auf morgen vollziehen oder wohl gar im Wege der Gesetzgebung decretiren lassen!

Allein zu erwägen bleibt immerhin die Frage, ob nicht die Gesetzgebung auf diesen Effect hinzuarbeiten in der Lage ist, indem sie den Commissionär, welcher auf das Recht des Eigenhandels in allen Zweigen des traditionellen Bankgeschäftes nicht verzichten will, zum Mindesten zwingt, diese Thatsache nach außen hin kenntlich zu machen! Man wende hiergegen nicht ein, daß hierin ein ungerechtfertigter Zwang zur Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen liegen würde, auf deren Kenntniß keinem Dritten ein Recht zustehe, deren Offenbarung geeignet sein möchte, die Bewegungsfreiheit des Banquiers zu beeinträchtigen und damit auch seine volkswirthschaftliche Nützlichkeit wesentlich zu vermindern.

Diesem Einwande gegenüber ist mit Fug darauf hinzuweisen, daß Niemand ein Recht darauf hat, Dinge zu verheimlichen, deren Kenntniß Diesen oder Jenen zu einer anderweitigen Auffassung der Vertrauenswürdigkeit des ersteren zu führen geeignet ist. Ist man sich erst darüber klar geworden, daß die Vereinigung von Börsenspeculations- und Effectencommissionsgeschäft Gefahren für die Solvenz des Commissionärs in ihrem Schooße birgt, dann ergiebt sich als zwingende Schlußfolgerung aus diesem Obersatze, daß es lediglich der freien Entschließung des Commitenten überlassen bleiben muß, ob und inwieweit die Kenntniß dieser Thatsache für das dem Commissionär zu gewährende Maß von Vertrauen bestimmend sein soll. Das „Publicum" aber mit dem ebenso billigen, als fragwürdigen Rathe: „Sehe Jeder, wie er's treibe 2c." abzufinden, geht in einer Zeit nicht wohl an, in welcher der Staat auf die bequeme, aber seiner nicht allzu würdige Rolle eines passiven Zuschauers bei dem Kampfe um's Dasein längst verzichtet hat.

So sehr ich nun auch geneigt wäre, diesem Postulat einen generellen gesetzlichen Ausdruck zu verleihen, so verkenne ich keineswegs die Schwierigkeiten, welche einem derartigen Vorschlage entgegentreten würden. Am wenigsten möchte ich mich den Erwägungen gegenüber verschließen, welche in dem Widerwillen achtbarer und durch langjährige Erprobtheit über allem Zweifel erhabener Bankhäuser und Bankinstitute — und an solchen ist in Deutschland glücklicher Weise trotz allen Parteigeredes kein Mangel — gegen polizeiliche Controlmaßregeln wurzeln. Dieser wohlbegründeten Abneigung wird aber dadurch Rechnung getragen, daß der

Digitized by Google

Publicitätszwang — die Art desselben (durch die Presse oder nur Bereitschaft im Geschäftslocale) soll vorläufig offen bleiben — an eine Bedingung geknüpft werde, deren Existenz ich als ein unfehlbares Kriterium für die Nothwendigkeit derartiger Vorschriften erachten muß. Ich meine die in dem Bankgeschäfte, insbesondere dem großstädtischen, mit ungebührlicher Zudringlichkeit sich breitmachende Reclame! ....

X.

Als sich vor einer Reihe von Jahren[30]) anläßlich localer Erscheinungen, welche mit dem Wesen des Pfandbriefgeschäftes ebenso wenig oder ebenso viel gemein hatten, wie die Unterschlagungen einzelner gewissenloser Individuen, welche die wohlklingende Bezeichnung „Banquier" sich zu Eigen machen, mit dem Wesen des „Bankgeschäftes", ein schier Alles übertönender Ruf vernehmen ließ, dem hülflosen Pfandbriefbesitzer den „unerläßlichen" Schutz des unbedingten „Realrechts" an den der emittirenden Hypothekenbank haftenden Pfändern zu gewähren, da hat die damals noch recht fruchtbare Reichsgesetzgebung den Sturm mit einem Gesetzentwurfe zu beschwichtigen gesucht, welcher nichts mehr und nichts weniger bezweckte, als eine Art theilweisen Neubaus des bürgerlichen Rechts vom Standpunkt des Pfandbriefbesitzers![31])

Die Vorgänge, welche sich damals abspielten, waren den gegenwärtigen außerordentlich ähnlich! Aus irgend einem ganz zufälligen Grunde[32]) gerieth nämlich der Cours der Hypothekenbankpapiere plötzlich ins Wanken. Die abenteuerlichsten Vermuthungen über die Solvenz der emittirenden Hypothekenbanken waren die Folge dieser Erscheinung, und im Anschluß hieran begann man die Frage nach der Rechtssicherheit der „Pfandbriefe" zu untersuchen. Man machte hierbei die „Entdeckung",[33]) daß diese „Pfandbriefe" zu Unrecht diesen Namen trugen, da sie jeder „Realsicherheit" ermangelten und daß, da dieser Mangel die Quelle alles Uebels wäre, diesem letzteren nur dadurch begegnet werden könne, daß man jene „Realsicherheit" den geltenden allgemeinen Rechts-

---

[30]) Cfr. meine „Deutsche Hypothekenbanken" S. 40 ff. und meine Schrift „Ueber den Entwurf eines Gesetzes betr. das Faustpfandrecht für Pfandbriefe". Jena 1880.

[31]) Vergl. den Entwurf eines Reichsgesetzes betreffend das Faustpfandrecht für Pfandbriefe und die vortreffliche Begründung desselben! und meine Kritik derselben.

[32]) Vergl. hierüber meine Hypothekenbanken S. 41 ff.

[33]) welche jeder verständige Jurist bereits lange vorher gemacht hatte, cfr. insbesondere Koch, Vorträge und Aufsätze aus dem Handels- und Wechselrecht. Berlin 1892 S. 87 ff. „Ueber Inhaberpapiere mit Realsicherheit".

Digitized by Google

grundsätzen zum Trotz, in usum des braven „Pfandbriefsbesitzers" — denn dieser hatte damals eben erst „den geschädigten Actionär" abgelöst, wie er bald darauf dem „Enterbten" den Platz räumen mußte — durch Specialgesetz zu decretiren!

„Dingliche Sicherheit für den Pfandbrief!" hieß es damals, ähnlich wie es heute: „dingliche Sicherheit für das Bankdepot!" heißt, und damals wie heute führte die „Erscheinung" zur Erörterung ihrer Gründe, bei welchen sich Folgendes herausstellte: Einzelne Hypothekenbanken betreiben neben ihrem Hauptgeschäfte, welches in dem Ausleihen von Capitalien gegen Immobiliarpfänder und in der Flüssigmachung der ersteren durch Ausgabe von Schuldscheinen (Pfandbriefen) besteht, noch eine Reihe von Operationen, welche mit dem eigentlichen Geschäftsbetriebe dieser Anstalten in gar keinem Zusammenhange stehen. Einige derselben hielten es sogar für zulässig, gewisse Börsenspeculationsgeschäfte für eigene Rechnung zu betreiben, in welchen sie Gelder anlegten, die ihnen u. A. aus dem sogenannten „Depositengeschäfte" zuflossen. Mit Recht wurde darauf hingewiesen, daß da, wo sich die Hypothekenbanken auf das reine „Realcreditgeschäft" beschränken, ihr Activ- mit ihrem Passivcredite nicht bloß in rechnungsmäßigem, sondern in ökonomischem Gleichgewicht halten, dabei die entsprechenden verwaltungstechnischen Grundsätze beobachten, wonach sie ihren langsichtigen Obligos (Amortisationspfandbriefe) zum mindesten ebenso langsichtige Deckungsmittel (Hypotheken) gegenüberstellen, von einer durch die Gesetzgebung zu beseitigenden Gefahr nicht die Rede sein könne und daher jeder Eingriff derselben behufs Herstellung eines Dinglichkeitsprivilegs überflüssig erscheine. Anstatt nun, in richtiger Erkenntniß dieses Umstandes, den Reformstürmern zu erwidern, daß es darauf ankomme, das Hypothekenbankgeschäft in diejenigen Bahnen zu verweisen, in welchen die befürchteten Conflicte nur im Falle der mit Strafe schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bedrohten Unredlichkeit eintreten konnten, d. h. den Ausschluß jener das Pfandbriefgeschäft gefährdenden Operationen von dem Betriebe der Hypothekenbanken anzuordnen, hat man es vorgezogen, die Sache auf den Kopf stellend und von dem Mißbrauche als dem normalen Zustande ausgehend, eine Art Reconstruction des Civilrechts vom Standpunkte des gefährdeten Pfandbriefbesitzers zu versuchen, ein Versuch, welcher trotz seiner glänzend scharfsinnigen Ausgestaltung im Entwurfe zum gesetzgeberischen Abschluß glücklicher Weise nicht gelangt ist. Seitdem hat die Entwickelung des Hypothekenbankwesens während der letzten $1^1/_2$ Jahrzehnte den Beweis für die Ueberflüssigkeit jenes Dranges nach „Realsicherheit" geliefert.

Digitized by Google

Die Hypothekenbanken sind in Folge ihrer Beschränkung auf das ihnen zugewiesene Gebiet des Grundcreditgeschäftes und dessen technisch-administrative Verfeinerung und Vervollkommnung lediglich den der Natur ihres Geschäftszweiges innewohnenden Gefahren, mit welchen aber jedes wirthschaftliche Unternehmen als von Hause aus gegebenen Möglichkeiten zu rechnen hat, unterworfen geblieben. Diese letzteren sind, Dank der Verbesserung der Geschäftstechnik und der Nutzbarmachung älterer Erfahrungen, auf ein sehr bescheidenes Maß beschränkt geblieben. Von der „Realsicherheit" ist es jedoch ganz still geworden und der Pfandbriefbesitzer zu der Ueberzeugung gelangt, daß der Concurs eines Schuldners den Gläubiger auch dann nicht zu einem höheren Wesen (ist zu sagen: „Aussonderungsberechtigten!") stempelt, wenn der Gemeinschuldner statt des A oder B eine Hypothekenbank ist, welche ihre Schuldscheine mit der Bezeichnung „Pfandbrief" ausstattet.

Die Nutzanwendung für das Bankdepot (wobei natürlich von dem „Aufbewahrungsdepot", dem eigentlichen Depositum abgesehen wird) in seinen beiden Erscheinungsformen, des Commissionsgutes und des Geldbepositums liegt nicht fern. Nicht die Eventualität der Unterschlagungen und der damit zusammenhängenden Unredlichkeiten sollen der Ausgangspunkt der Reformbewegung auf diesem Gebiete bilden. Denn diese sind hier wie überall mit dem allgemein gültigen Strafgesetz bedroht und können hier so wenig als anderswo durch besondere Strafandrohungen beseitigt oder unmöglich gemacht werden. Dagegen kann der Gesetzgeber, soweit die Selbstthätigkeit der Interessenten nicht Kraft genug besitzt, um die gefahrbringenden thatsächlichen Bedingungen zu beseitigen, welche in dem gesammten Grundbau des Bankcommissionsgeschäftes enthalten sind und denen der Anreiz zu jenen vom Gesetze reprobirten Ausschreitungen des Eigennutzes ausschließlich entstammt, als Pfadfinder und Führer insofern heilsam wirken, als er auch hier dem soliden Geschäftsverkehr die Bahnen anweist, in welchen sich dieser zu seinem eigenen Heil und zum Wohl der Gesammtinteressen in Zukunft zu bewegen hat. Mit anderen Worten: nichts erscheint unfruchtbarer als der Versuch, durch Erweiterung der Rechtssphäre des an Effecten- und Depositengeschäften betheiligten Publicums, den auf diesem Gebiete zu Tage getretenen Mißbräuchen und Gefahren zu begegnen, solange eine verhängnißvolle, mit dem Stempel einer niederen Entwickelungsstufe behaftete Verbindung von Geschäftszweigen innerhalb eines und desselben Betriebes bestehen bleibt, von welchen jeder einzelne durch seine Eigenartigkeit nur im Stande ist, den anderen zu gefährden, d. h. die Erfüllung der in dem einen übernommenen Ver-

Digitized by Google

bindlichkeiten dadurch in Frage zu stellen, daß der andere unvorhergesehene Zwischenfälle hervorruft, auf welche in dem ersteren nach seinem Wesen und seiner Art nicht gerechnet werden konnte. Es würde zu weit führen und den Rahmen eines Gutachtens über die mir gestellte Specialfrage wesentlich überschreiten, wollte ich des Näheren den Nachweis führen, wie wenig das reine Bankcommissionsgeschäft an sich, d. h. der An- und Verkauf von Effecten an der Börse für Rechnung Dritter, mit dem Discontiren von Wechseln, Annahme von Depositen, Abschluß von Zeitgeschäften für eigene Rechnung, Betheiligung an Emissionsgeschäften jeglicher Art und was dergleichen für sich selbst bestehende geschäftliche Hantirungen mehr sind, von denen jede einzelne mit einer ganz speciell ausgebildeten Technik durchsetzt ist, specielle wirthschaftliche Gesichtspunkte und einen speciellen Kundenkreis mit besonderen Interessen voraussetzt, vereinbar erscheint.

Das aber ist auf den ersten Blick klar, weil es durch die jüngsten Erfahrungen uns eindringlich zum Bewußtsein geführt wird: Der speculirende Bankcommissionär kann durch eine einzige mißglückte Ultimospeculation an der Börse, und wenn er bis dahin noch so vertrauenswürdig gewesen ist, die Existenz von zahlreichen Interessenten in Frage stellen, welche ihm ihr Hab und Gut lediglich zur Aufbewahrung übergeben haben, wenn er, um seinen Ultimoverpflichtungen zu genügen, fremdes Gut antastet.

Was folgt nun hieraus? Meines Erachtens nur, daß, da das Gesetz Niemandem verbieten kann, sich von vertrauensunwürdigen Personen ruiniren zu lassen, auch die Gewissenlosigkeit durch die Furcht vor dem Strafgesetze nur bis zu einem gewissen Grade im Voraus zu bekämpfen vermag, dem Publicum oder demjenigen Theile desselben, welcher nach objectiven Kriterien der Vertrauenswürdigkeit sucht, solche thunlichst in die Hand zu geben, in casu die Möglichkeit der Prüfung zu gewähren ist, ob und inwieweit derjenige, welcher an sein Vertrauen appellirt, dasselbe im Wege der öffentlichen Reclame sogar herausfordert, dieses Vertrauen durch solide Geschäftsgebahrung auch zu rechtfertigen geeignet ist.

Wer also des Credites der persona incerta als unerläßlichen Elementes für seinen Geschäftsbetrieb bedarf, soll auch der letzteren die entsprechenden, für die Beurtheilung seiner Creditwürdigkeit erforderlichen Aufschlüsse zu geben, wer „Depositen" öffentlich in Empfang zu nehmen sich bereit erklärt, soll periodisch seinen Vermögensstatus zu publiciren verpflichtet sein.

Digitized by Google

XI.

Zweierlei ergiebt sich aus der vorstehenden Betrachtung. Einmal: Die Gefahr der Unterschlagungen und Veruntreuungen an Depots kann das Gesetz durch Strafvorschriften so wenig verhüten, als es anderen Strafthaten dieser Art vorzubeugen vermag. Zum Anderen: Die Vereinigung des Bankcommissionsgeschäfts mit den anderen Zweigen des Bankgeschäfts, Depositen-, Discont-, Lombard-, Zeit-, Emissionsgeschäft 2c. 2c. ist unpassend und gefahrbringend. Der Bankcommissionär, welcher für fremde Rechnung Effecten an- und verkauft, wird bei solidem Betrieb dieses Geschäfts kaum in die Lage kommen, Depots zu veruntreuen, so wenig als der Bankkunde in die Lage kommen wird, dieselben zu vindiciren; der Banquier, welcher die ihm als „Depositen" gemachten Geldeinlagen in guten, leicht realisirbaren Disconten anlegt, wird jederzeit im Stande sein, den Kündigungen seiner Depositen, nach bedungener Frist oder on call, zu entsprechen. Darum kann im Falle einer Vermögensunzulänglichkeit in Folge von Verlusten, welche der reguläre Geschäftsbetrieb mit sich führt, der eine Gläubiger de lege ferenda nicht mehr Rechtsschutz beanspruchen, als der andere, es sei denn, daß ihm solches auf anderem gesetzlichen Wege zustände. Concursprivilegien wären in diesem Falle, da sie für alle Bankkunden gleichmäßig beständen, ebenso unberechtigt als überflüssig.

Will also das Gesetz den Bankcommissions- und Depositenkunden schützen, so vermag es dies nur in der Weise zu thun, daß es beide Geschäftszweige nur in Verbindung mit solchen Operationen gestattet, welche ihrem Wesen entsprechen, also den Effecten-Ein- und Verkauf mit dem damit verträglichen Eigen-, Cassa- und Discontogeschäft, die gewerbsmäßige Annahme verzinslicher Depositen mit den entsprechenden Activ- (Deckungs- und Anlage-) Operationen, Wechseldiscont und Ankauf jederzeit realisirbarer, Coursschwankungen nur in geringem Grade unterworfener, fest verzinslicher Staats- oder Communalobligationen oder anderer Effecten ähnlicher Art.

Ausgeschlossen von dem Geschäftsbetriebe sowohl des Bankcommissionärs als auch des Depositenbanquiers müßten alle und jede Termingeschäfte für eigene und auch für fremde Rechnung sein, insoweit letztere ohne genügende Deckung für den Commissionär gemacht werden; sowie alle diejenigen geschäftlichen Unternehmungen, welche geeignet sind, die Zahlungsfähigkeit des Banquiers in Betreff der aus dem Commissions- oder Bankgeschäfte übernommenen specifischen Verbindlichkeiten zu schmälern.

Digitized by Google

Ein derartiger Eingriff des Gesetzes ist indessen nach der Gesammtentwickelung unserer Verhältnisse in der Gegenwart weder möglich, noch auch wünschenswerth. Wie bereits oben angedeutet ist, stehe ich keineswegs auf dem Standpunkte, als ob sich dies von heute auf morgen decretiren ließe. Auch liegt zu einem generellen Eingriff des Gesetzes nach dieser Richtung schon um deswillen keine Veranlassung vor, weil bei der immer bedeutender sich gestaltenden Rolle großer Bankhäuser und Bankinstitute auf diesem Gebiete, die Frage des Nebeneinander jener verschiedenartigen Geschäftszweige, durch das Dazwischentreten einer auf großen Capitalbesitz sich gründenden Organisation wesentlich gemildert, wo nicht gar in einzelnen Fällen ausgeglichen wird. Allein Quod licet Jovi non licet bovi! Was den großen Actienbanken und Weltbankhäusern, den Rothschild und Baring, den Bleichröder und Mendelssohn bis zu einem gewissen Grade[34]) gestattet ist, kann unmöglich den allen und jeden mittleren und kleinen „Banquiers", richtiger „Geldwechslern", nachgesehen werden, welche, wie dies vielfach in großen und mittleren Städten geschieht, außer einem kleinen Betriebscapital, welches meist auf Reclameannoncen und hohe Ladenmiethen draufgeht, nichts besitzen, als eine kostbare Comptoireinrichtung und sehr pompöse Straßenschilder, durch welche sie unerfahrene Leute auffordern, ihnen diejenigen Mittel als „Depositen" anzuvertrauen, aus denen sie — eine Zeitlang — die Mittel gewinnen, um ihre Ultimodifferenzen zu begleichen! . . .

Nun wäre nichts thörichter, als die Behauptung aufzustellen, nur der große Banquier oder eine mit Millionen ausgestattete Actienbank wäre geeignet, den Ein- und Verkauf von Effecten an der Börse zu besorgen oder Depositen- und die damit connexen Activgeschäfte zu betreiben. Allein so wenig ein feiner Sinne mächtiger Mensch ein mit explosiven Stoffen arbeitendes chemisches Laboratorium in einer Schmiede oder in der unmittelbaren Nähe eines funkensprühenden Hochofens etabliren wird, oder um ein weniger drastisches, aber näher liegendes Beispiel zu gebrauchen, so wenig ein Rechtssuchender gerade demjenigen Anwalt die Führung seines Processes anvertrauen wird, von welchem ihm bekannt ist, daß er mit dem Gegner in intimen Beziehungen steht, so wenig wird präsumtiv ein Bankkunde, welchem bekannt ist, daß sein finanzieller Vertrauensmann seine Interessen nach einer der seinigen, des Kunden, entgegengesetzten Richtung engagirt hat, gerade diesem die Wahrnehmung

[34]) Daß auch hier certi denique fines sunt, beweist ja der Fall Baring.

Digitized by Google

der letzteren anvertrauen. Und wie, um bei dem letztgedachten Beispiel zu bleiben, ein gewissenhafter Anwalt schon durch die ersten Anfangsgründe seiner Berufsmoral sich behindert sehen wird, ein Mandat anzunehmen, welches ihm nur die Möglichkeit einer Interessencollision der fraglichen Art gewährt, so sollte auch der gewissenhafte Banquier Aufträge nicht übernehmen, von denen er sich sagen muß, daß die Kenntniß von der bei ihm vorhandenen Interessencollision den Kunden bestimmt haben würde, ihm einen solchen Auftrag nicht zu ertheilen.

Leider ist hier nun die Berufsmoral in diesem Punkte um deswillen nicht zu der wünschenswerthen Ausprägung gekommen, weil das deutsche Bankgeschäft, von dem Boden jener Arbeitstheilung, welche in anderen Ländern die verschiedenen Zweige des Bankgeschäftes von einander scharf gesondert hat, losgelöst, allmählich das Bewußtsein der Unvereinbarkeit derselben verloren und damit einer Technik Eingang geschaffen hat, welche derartige Conflicte ohne Schwierigkeit mit dem Hinweis darauf zu lösen pflegt, daß da, wo das Interesse des Publicums mit den Erfordernissen jener so gestalteten Technik des Geschäftsbetriebes nicht harmonirt, das erstere sich vor dem letzteren zu beugen hat! . . .[35]) Als nothwendige Folge dieser Erwägung ergiebt sich daher für die uns beschäftigende Frage der Schluß: daß, da die Effectenein- und Verkaufscommission, sowie das Gelddepositengeschäft zu denjenigen Geschäftszweigen gehören, welche sich in eminentem Grade an das Vertrauen des Publicums wenden, da sie ferner, wegen der ökonomischen Beträchtlichkeit der hier in Frage kommenden Interessen, vielfach geeignet sind, die Existenz ganzer Familien

---

[35]) Unter diesem Gesichtspunkte hat in einer Berliner Strafsache ein gerichtlicher Sachverständiger die Ansicht ausgesprochen, daß sich die Banquiers für berechtigt hielten, bei ihnen lombardirte Effecten weiter zu lombardiren. Diese Ansicht hat nicht verfehlt, in weiten Kreisen ein gewisses Befremden hervorzurufen. Vgl. die Veröffentlichungen des Berl. Anw.-Vereins Heft 2 (Verhandlungen über das Bankdepotwesen) S. 35 ff. Die Ansicht ist in der That rechtlich unhaltbar! Aber auch de lege ferenda liegt kein Grund vor, die Weiterlombardirung lombardirter Effecten ganz generell für zulässig zu erklären. Denn der von dem Pfandschuldner gezahlte Lombardzins enthält bereits das Aequivalent für die Festlegung der Mittel des Banquiers (i. e. Ausschluß des Umsatzes für eine bestimmte Zeitdauer). Das fällt natürlich bei dem Commissionspfande weg. Hier ist die „Festlegung" nicht bloß kein naturale negotii, sondern eine dem ausgesprochenen Zweck geradezu zuwiderlaufende Eventualität! Die Unantastbarkeit der bevorschußten Commissionswaare mit dem Lombard einander gleichstellen, hieße die fundamentalen Unterschiede beider Geschäftsarten vollständig verkennen (vgl. oben S. 408 ff.).

Digitized by Google

in Mitleidenschaft zu ziehen, ein Jeder, welcher mit dem Appell an das Publicum herantritt, ihm dieses Vertrauen zu gewähren, auch, seinerseits demselben gegenüber auch bis zu einem gewissen Grade gehalten sein sollte, Aufschluß darüber zu ertheilen, ob und in welchem Umfange er dieses Vertrauens würdig erscheint! . . .

Als weitere Folge vorstehender Auseinandersetzungen ist ferner zu verzeichnen, daß, wenn es nicht angängig sein sollte, den Betrieb des Bankcommissions- und Depositengeschäfts von dem nach außen hin zu erklärenden Ausschluß aller unvereinbaren Eigen- und Speculationsgeschäfte abhängig zu machen, zum mindesten an dem Erforderniß festgehalten werden sollte, daß

> wer sich zum commissionsweisen An- und Verkauf von Effecten an der Börse, sowie zur Annahme festverzinslicher Depositen **öffentlich** anbietet, gehalten sein soll, seinen (monatlichen oder vierteljährlichen) periodischen Vermögensstatus, sei es zu publiciren, sei es in seinen Geschäftsräumen zu Jedermanns, der sein Interesse daran darzuthun vermag, Einsicht offen zu legen.

Daß die Wahrhaftigkeit der aus demselben sich ergebenden Angaben durch Strafvorschriften geschützt sein muß, ist selbstverständlich!

XII.

Gegen diesen Vorschlag ist seiner Zeit mancherlei eingewandt, was zum Theil auf einem Mißverständniß desselben, theils auf Ueberschätzung der damit verknüpften Schwierigkeiten beruht.

Man hat hiergegen — und dieser Einwand gehört in die erstere Kategorie — geltend gemacht, daß es unwürdig sei, große und geachtete Bankhäuser in solcher Weise unter Controle zu stellen. Hierauf ist zu erwidern, daß „große nnd achtbare Bankhäuser" meines Wissens fast niemals in die Lage kommen, durch pomphafte Reclamen zur Ertheilung von Commissionsaufträgen oder zur Einzahlung von Depositen aufzufordern. Bei diesen dürfte also das Postulat höchst selten in Frage kommen, und da, wo dies dennoch geschieht, ist in der That nicht einzusehen, weshalb dieselben, soweit sie wirklich „achtbar" sind, das heißt ein solides Geschäft betreiben, Bedenken tragen sollten, ihre Creditwürdigkeit dem Publicum jederzeit ad oculos zu demonstriren.

Digitized by Google

Man hat sodann gemeint, diese Publicationspflicht könne die Interessen des Publicirenden gefährden, indem sie Unbetheiligten einen durch nichts gebotenen Einblick in ihre Vermögenslage gewährt. Auch dieser Einwand ist verfehlt. Für Preußen ist ihm übrigens seit dem Inkrafttreten des Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891 auch die landesübliche Ausrede der Furcht vor der Steuerschraube entzogen. Denn der Umfang des Geschäftes und die Mittheilung der betreffenden Zahlen sind doch sicherlich nicht geeignet, irgend welche Geschäftsgeheimnisse zu verrathen. Wer aber ein Interesse daran hat, daß diese Zahlen „Dritten" nicht bekannt werden, kann sich dieser Nothwendigkeit leicht entziehen, indem er die Werbetrommel der „Reclame" eine Zeit lang nicht schmettern läßt! . . .

Und endlich haben vereinzelte Stimmen in der Tagespresse, welche sonst mit dem Hinweise auf „England", das „klassische Land der wirthschaftlichen Freiheit", immer da bei der Hand sind, wo es sich darum handelt, den Privateigennutz als gottgegebene Naturkraft anbetend zu verehren, darauf hingewiesen, daß die uralte, durch Sitte und Gebrauch bewährte Trennung des banker von dem broker, dem dealer und dem foreign banker sich „so ohne Weiteres" auf unsere Verhältnisse nicht übertragen lasse.

Nun, „so ohne Weiteres" soll dies ja auch nicht geschehen. Daß ich weit von dieser Annahme entfernt bin, ergiebt der gesammte Inhalt meiner Ausführungen. Aber um den Entwickelungsproceß gerade ohne gewaltsames Eingreifen einer reglementirenden Gesetzgebung in die ihr naturgemäßen Bahnen hinüberzuleiten, dazu scheint mir gerade der Publicationszwang betreffend den Vermögensstatus bei publicirenden Commissionären und Depositenempfängern ein sehr geeigneter Uebergangsweg, ein sehr wirksames Compelle zu sein.

Wird der Sinn und die Tragweite dieser Bestimmung dem Publicum durch die öffentliche Discussion verständlich gemacht, dann bin ich überzeugt, daß wir über ein Kurzes Aehnliches erleben werden, wie in England, wo trotz der bisher bestandenen Arbeitstheilung, nach einer kürzlichen durch die Zeitungen gegangenen Mittheilung, eine Anzahl der angesehensten Londoner Depositenbankfirmen aus eigenem Antriebe sich zur periodischen — irre ich nicht — monatlichen Publication ihres Status entschlossen hat! . . Auch bei uns wird, sobald dieses Postulat in der öffentlichen Discussion mit genügender Schärfe hervortritt, die Statuspublication gerade als ein wirksames Concurrenzmittel in der Hand der bestfundirten Unternehmungen erscheinen, welche den

Digitized by Google

lichtscheuen Existenzen das Leben recht sauer zu machen geeignet erscheint. Sie wird die Stelle des aufdringlichen Bettelns um Credit, wie es in unerfreulichster Gestalt als Concurrenzmittel vielfach auch da benutzt wird, wo die Nothwendigkeit dafür auf Seiten des Banquiers nicht einmal vorhanden ist, einnehmen und damit zugleich zwei Functionen gleichzeitig übernehmen: die der erlaubten und heilsamen Reclame und ihrer Rechtfertigung!

XIII.

Hiernach bleibt nur noch eine Reihe von Vorschlägen in Betracht zu ziehen, welche ich an anderer Stelle der Discussion unterbreitet habe und deren für die vorliegende Frage nebensächlicher Charakter mich der Mühe überhebt, anderweit Gesagtes zu wiederholen.

Die periodischen Revisionen durch geeignete Organe der Selbstverwaltungskörper der Kaufmannschaft, die etwaige Ausstattung der Effectencommissionäre mit ähnlichen[36]) Rechten und Pflichten, wie sie die agents de change in Frankreich und die broker in England haben, die [illegible] corporative Organisation der die Effectenbörsen besuchenden

so bedeutsam sie an sich erscheinen oder
n hier nur flüchtig berührt werden.

breiten Raum, welchen die den Gegenstand
: bildenden Fragen in der öffentlichen
em innigen Zusammenhange, in dem alle
ien, bei der Untrennbarkeit der sogenannten
die Reform des gesammten Bank-
iglichen Probleme, wird es vielleicht als
schen Juristentages anerkannt werden, die
nzelfragen zum Gegenstande besonderer
. Juristentage zu machen.

vie erwähnt, nur insoweit gestreift werden,
htung vorgelegte Frage direct oder indirect
worte ich nun dahin:

sonderen gesetzgeberischen Regelung der so-
chäfte und einer Sonderung ihrer ver-
civil- und strafrechtlicher Beziehung

Digitized by Google

daß es dagegen einer besonderen gesetzgeberischen Regelung dieser Geschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten und zwar:

a) des Bankcommissionsdepots,

b) des Geldbepositums

insoweit bedarf, als deren Verbindung mit anderen, ihrer Natur nach mit ihnen unvereinbaren Geschäften, insbesondere Börsenspeculationen jedweder Art, principiell zu verwerfen und letztere daher da, wo sie besteht, dem interessirten Publicum durch periodische Statuspublicationen bekannt zu geben ist, wenn und insoweit der betreffende Geschäftsbetrieb sich der Aufforderung des Publicums durch die Oeffentlichkeit bedient.

Digitized by Google

XII.

Gutachten des Herrn Prof. Dr. Franz Klein zu Wien

über die Frage:

Sind die im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches vorgesehenen Arten des Pfandrechtes an Grundstücken einschließlich der Grundschuld beizubehalten?

Der Entwurf will bekanntlich dem Verkehre vier Typen der Grundstückverpfändung zur Verfügung stellen. Diese Mannigfaltigkeit wird erreicht durch die stufenweise fortschreitende Lockerung des Zusammenhanges der persönlichen Forderung und der dinglichen Belastung. Von der streng accessorischen Sicherungshypothek — im wesentlichen die alte römische, gemeinrechtliche Hypothek — steigt die Reihe, indem sie in den beiden Mittelbildungen der Hypothek ohne Brief (Buchhypothek) und der Briefhypothek immer mehr vom Accessorischen abstreift, zur selbständigen Grundschuld auf. Die „Selbständigkeit" kommt aber der Grundschuld des Entwurfes — was sich hier schon zu erwähnen empfiehlt — in ungleich strengerem Wortsinne zu, als der Grundschuld des preußischen Eigenthumserwerbs-Gesetzes vom 5. Mai 1872 und deren Vorläuferin, der Hypothek des mecklenburgischen Rechtes. Bei diesen bleibt das materielle Schuldverhältniß zwar im Hintergrunde, die Eintragung giebt dasselbe nicht an, aber immerhin kann ein solches Schuldverhältniß mit Beziehung auf die eingetragene Grundschuld oder Hypothek bestehen und sich gegebenen Falles auch dem Anspruche aus der dinglichen Belastung hindernd in den Weg stellen. Es wird dies vor allem durch die Bestimmung der mecklenburgischen Hypothekengesetze bewiesen, daß gegen die Klage aus dem Hypothekenscheine die Einrede des nicht

Digitized by Google

empfangenen Geldes zulässig sei.[1]) Anstatt so das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses zwischen Grundschuldgläubiger und Eigenthümer als etwas Zufälliges, aber doch nicht Wirkungsloses anzusehen, kommt hingegen für den Entwurf, der auch darin seinen stark logischen Neigungen folgt, ein derartiges Schuldverhältniß überhaupt nicht, nach gar keiner Richtung in Betracht. Die Grundschuld ist von einer Forderung nicht abhängig (§ 1136), heißt nun nicht mehr: die Grundschuld braucht keine Forderung neben sich zu haben, sondern: sie kann keine neben sich haben; und wo der Verkehr etwa dennoch ein solches Nebeneinander schafft, da existirt dasselbe für das Recht einfach nicht (Motive III. S. 779). Man hat die Grundschuld öfter mit der Wechselobligation verglichen; die Grundschuld des Entwurfes würde dann einem Wechsel ähnlich sein, wider welchen dem Schuldner alle Einreden mit Ausnahme der Berufung auf die Ungültigkeit des Wechsels entzogen sind. Es wird allerdings auch, analog dem preußischen Rechte (§ 38 E.E.G.), den Einwendungen Raum gegeben, welche dem zwischen Eigenthümer und Grundschuldgläubiger „bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse" entspringen (arg. §§ 1136, 1108 und 1084, Absatz 1). Wie viel von praktischer Bedeutung bleibt aber übrig, wenn auf den eigentlichen Kern dieses persönlichen Rechtsverhältnisses, auf Forderung und Schuld, auf die causa debendi und ihre Mängel doch nicht eingegangen werden darf? Das eben ist es, was die Grundschuld des Entwurfes trotz eines gewissen Gleichklanges der bezüglichen Bestimmungen zu einer die preußische Grundschuld an Energie so erheblich überbietenden Haftungsform macht. Und in der Anwendung könnte sich dieser Unterschied leicht noch vergrößern, wenn etwa überall, wo sich mit dem Grundschuldverhältnisse ein materielles Schuldverhältniß gleichen Inhaltes verbindet, den über die Forderung schlechthin getroffenen Abmachungen (Stundungsvertrag, Schulderlaß u. ä.) in Bezug auf den Anspruch aus der Grundschuld Wirksamkeit versagt werden würde. Die Gefahr besteht nach beiden Seiten: sowohl daß bei solcher Vereinigung die Betheiligten unter dem Einflusse des populären Sicher-

[1]) Ueber andere Einreden aus dem Rechtsverhältnisse, welches der Eintragung zu Grunde liegt, vgl. v. Meibom, Mecklenburg. Hypothekenrecht, S. 175. Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, 1892, S. 207, bemerkt deshalb richtig, daß der als „mecklenburger Dogma" bezeichnete Satz, daß die Hypothek oder wenigstens die Grundschuld von ihrer Causa zu lösen seien, auch nicht in Mecklenburg gelte. — Für die preußische Grundschuld vgl. Dernburg, Preußisches Hypothekenrecht, II. S. 61: „Der Schuldgrund . . . kommt . . . erst in Folge von Einreden in Frage. Die Grundschuld . . . kann mit einer persönlichen Schuld des Gutsbesitzers oder auch eines Dritten materiell verbunden sein."

Digitized by Google

stellungsgedankens ihre Vereinbarungen nicht ausdrücklich auch auf den Grundschuldanspruch stellen, und dann, daß die Rechtssprechung den Anspruch aus der Grundschuld, obwohl er im vorausgesetzten Falle der Sache nach doch nur die Forderung aus dem materiellen Schuldverhältnisse selbst ist, mit Rücksicht auf das Gesetz dennoch als etwas Besonderes, vom Schuldverhältniß Isolirtes auffaßt, das eben deshalb durch die von den Parteien vorgenommenen Modificationen des Geschäftsanspruches gar nicht berührt wird. Ob es durch ein dringendes Realcreditbedürfniß gefordert wird, in der Ausgestaltung der Grundschuld zu einem „abstracten Anspruch" so weit über das Maß des bisher Anerkannten hinauszugehen, sich so sehr dem Vorbilde der römischen Stipulationsschuld zu nähern, darauf wird im Zusammenhange mit Anderem Antwort zu geben sein. Lediglich das eine schon jetzt: eben dieser Steigerung wegen sind die günstigen Erfahrungen, welche einzelne Staaten mit der Grundschuld oder selbständigen Hypothek gemacht (Motive III. S. 608), für den Standpunkt des Entwurfes ohne besondere Beweiskraft. Die dem materiellen Schuldverhältnisse principiell unzugängliche Grundstückhaftung ist für den gesammten Umfang des Deutschen Reiches — Hamburg und Lübeck bei äußerster Rigorosität etwa ausgenommen[2]) — völlig neu, ein Versuch. Das nur wollte zunächst festgestellt werden. Als eine Entwickelungsreihe kann man die Pfandrechtsscala des Entwurfes keinesfalls bezeichnen; an ihren beiden Endpunkten wirken vor allem schon betreffs des Verhältnisses zur Forderung verschiedene, entgegengesetzte Gedanken.

[2]) Die Hypothek des hamburgischen Rechtes gewährt dem Gläubiger zweifellos eine außerordentlich gedeckte Stellung und ausgiebigsten Schutz. Dennoch dürfte auch bei dieser Hypothek die Abhängigkeit von dem materiellen Schuldverhältnisse noch immer um einen Grad größer sein, als es für die Grundschuld im Entwurfe geplant ist. Es folgt dies aus § 3 des hamb. Gesetzes über Grundeigenthum und Hypotheken (vom 4. Dezember 1868). Danach kann die Anfechtung des einer Eintragung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes zu einer Veränderung der bücherlichen Eintragung führen. Es läßt sich dann auch der Hypothek gegenüber ein dem Inhalte des Creditgeschäftes widersprechendes Verhalten des Gläubigers zur Geltung bringen; das Anfechtungsrecht steht jedem zu, der „durch eine vorgenommene Eintragung sich verletzt erachtet", was offenbar weiter reicht, als das Verneinen des Bestehens der Grundschuld. Der Contact mit der wirthschaftlichen Ursache der Hypothek ist demnach nicht so ganz unterbrochen, wie es nach den Entwurfsbestimmungen über die Grundschuld der Fall wäre. Eine Vergleichung beider Rechtsformen wird jedoch auch das ins hamburgische Grundbuchrecht aufgenommene Institut der „Clauseln" — ähnlich den „Noten" der lübeckischen Hypothekenordnung — würdigen müssen, mit deren Hülfe noch mancher Faden zwischen Belastung und Schuld gesponnen werden kann. Das Gesagte gilt ebenso für die Hypothek nach lübeckischem Rechte (vgl. § 16 der Hypothekenordnung vom 5. Mai 1880).

Digitized by Google

An und für sich kommt die im Entwurf wahrnehmbare Schwächung des Zusammenhanges zwischen Schuld und hypothekarischem Recht ziemlich verbreiteten Bestrebungen entgegen; die „accessorische Natur" der Hypothek ist ja seit Langem das Ziel von Angriffen. Es wird unter diesem Titel Verschiedenes bekämpft: bald die dogmatische Auffassung des Pfandrechtes als accessio einer persönlichen Forderung, bald die durch eindringende obligatorische Elemente bewirkte Verringerung der Kraft des Hypothekenanspruches, bald die unbeschränkte Haftung des Hypothekarschuldners. Um gleich bei letzterem zu bleiben, so widerspricht es gewiß in den allermeisten Fällen der Intention desjenigen, der eine Hypothek auf seinen Grundbesitz aufnimmt, für die Rückzahlung des Darlehens auch dann noch einstehen zu müssen, wenn ihm das Grundstück schon lange nicht mehr gehört; man hat nur daran zu denken, daß es sich nicht um sogenannten Besitz-, sondern um Meliorationscredit handelt, von dessen Productivität der Besitznachfolger allein Nutzen hat. Wenn nun auch die gemeinrechtliche Einrede der Vorausklage, mit Hülfe deren der dritte Pfandbesitzer den Gläubiger zunächst auf den Personalschuldner und dessen Bürgen verweisen konnte, in den Territorien mit codificirtem Hypothekenrecht weggefallen[3]) und dadurch, sowie durch die besonderen processualischen Begünstigungen, welche die Verfolgung des Hypothekenanspruches in das verpfändete Grundstück fast überall genießt, die Verpflichtung des Personalschuldners thatsächlich zu einer subsidiären geworden ist — daß sie auch als solche eine Quelle von Belästigungen, Gefahren und unwiederbringlichen Vermögensverlusten[4]) sein kann, ist

---

[3]) Bei Hypotheken, welche zur Sicherung einer Bürgschaftsschuld errichtet sind, hat sich das beneficium excussionis in Bayern, Württemberg und Hessen erhalten. Nach v. Meibom a. a. O., S. 170, ist die Einrede der Vorausklage als stillschweigend zugelassen anzusehen, wenn die Hypothek bürgschaftsweise eingetragen wird.

[4]) Sie schildert kurz M. Levy in den Verhandlungen des XX. Juristentages, III. (Gutachten), S. 263 f. Das dort Vorgebrachte trifft jedoch nur hinsichtlich des Bestellers der Hypothek und dessen Erben zu; hinsichtlich der Nachfolger im Besitze des Pfandgutes ist es zum mindesten nicht in solcher Allgemeinheit richtig. Denn der Erwerb des Grundstückes macht an sich — von ganz wenigen Staaten abgesehen — noch nicht zum persönlichen Schuldner aller darauf eingetragenen Hypothekenposten; ein Zwang zur eigentlichen Schuldübernahme, durch welche der Erwerber dann allerdings im Sinne der Darlegung Levy's haftbar wird, besteht aber nicht. An dem Satze, daß die erste Voraussetzung der persönlichen Klage gegen den dritten Erwerber die besondere Schuldübernahme sei (Uebernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis), haben auch die im preußischen Rechte betreffs der Uebernahme der Hypothekarschuld durch den neuen Erwerber des Grundstücks bestehenden Controversen (vgl. über dieselben Dernburg a. a. O., S. 68 ff.) nicht gerüttelt. Ebenso § 56 bayer. Hypothekengesetz und § 432 sächs. bürg. Gesetzb.; dieselbe Bestim-

Digitized by Google

nicht zu leugnen. Das erste ist nun: sind diese Nachtheile unvermeidliche oder kann sich der Hypothekarschuldner davor schützen? Und an dieser Frage wird alsbald die eigentliche Bedeutung der ganzen Erscheinung klar. Die Haftung des schuldnerischen Gesammtvermögens neben der besonderen Haftung des Grundstücks kommt — wirthschaftlich genommen — dem Bestande eines solidarischen Schuldverhältnisses gleich. Aehnliches wurde bereits mit mehr juristischer Pointirung von Sohm, als er die Forderungsnatur der Hypothek nachzuweisen versuchte, und in neuester Zeit von Dernburg angedeutet. Behufs Erlangung des ihm Gebührenden hat der Pfandgläubiger zwei Forderungen: neben dem Anspruche, daß der Schuldner einen gewissen Werth leiste, den Anspruch, daß derselbe Werth aus einem bestimmten Grundstücke geleistet werde. Eins im Zwecke, so daß nur einmal zu erfüllen ist, können die beiden Berechtigungen vom Gläubiger je nach Bedarf neben oder nach einander ausgeübt werden; er hat die Wahl zwischen beiden, kann von dem einen zum anderen übergehen, auch jeden der Ansprüche nur zum Theile geltend machen, wenn es ihm so besser scheint. Sein Vortheil, das ist das einzig Maßgebende; auf andere Erwägungen braucht der Gläubiger nicht zu hören. Hier ist der Sitz des Problems der Haftungsgrenzen. Ob die Pfandhaftung, gleich dem Rechte des engagement und der deutschen Grundstückssatzung nach Landrecht auf die Liegenschaft beschränkt werden solle, das ist keine juristische Frage, sondern vor Allem eine wirthschaftliche Angelegenheit. Es ist die Frage, ob das Credit gewährende Capital in eine Minderung seiner Schutzmittel zu willigen bereit ist, oder doch mittels Correcturen im Hypothekenrechte durch die Gesetzgebung zu solchem Nachlasse mit Erfolg gezwungen werden kann. Zu großen Erwartungen

mung enthält das hessische Recht und die Hypothekenordnung für Anhalt. Daran wird durch den Entwurf nichts zum Nachtheil des Grundeigenthums geändert; es würde auch künftig alles von der wirklichen Schuldübernahme abhängen, nur würden die Specialvorschriften über die Liberirung des Grundstückveräußerers bei solcher Schuldübernahme, welche sich zur Zeit in den meisten Staaten finden, in den allgemeinen Normen über die Schuldübernahme (§§ 314, 315 und zumal 318) aufgehen. Wenn man Bestimmungen, wie sie z. B. § 41 des preuß. E. E. G. und andere Hypothekengesetze enthalten (der Veräußerer wird von seiner persönlichen Haftung frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb einer gewissen Zeit nach der Verständigung von der Schuldübernahme die Hypothek kündigt und einklagt), wohl als casuistische auffassen muß, so würde deren Verschwinden rein formell sein und kaum eine dem Verkehr fühlbare Rückwirkung äußern. Ueber die Frage, ob nicht eben das Gesetz die Befreiung des Bestellers der Hypothek bei Veräußerung des Grundstücks viel mehr befördern sollte, als es im geltenden Recht geschieht, s. im Texte. Mit dem Besteller der Hypothek steht selbstredend jeder in die persönliche Verbindlichkeit succedirende spätere Grundeigenthümer auf einer Linie.

Digitized by Google

scheint da nicht viel Ursache. Es ist ein einfaches Dilemma. Das Capital, welches die Eventualität auf sich nehmen will, mangels einer persönlichen Forderung wegen Unzulänglichkeit des Pfandes statt der hingegebenen Summe nur einen geringeren Betrag zurückzuerhalten, bedarf hierzu keines neuen Rechtsgrundsatzes, keiner Rechtsänderung. Wenn es sich aber — was ihm nicht verargt werden könnte — gegen solchen Verzicht sträubt, wie dann trotz des Ueberganges zum Princip ausschließlicher Pfandhaftung die unverzügliche Wiederkehr des jetzigen Zustandes verhindern, da doch die Cumulirung des Pfandrechtes und einer persönlichen Forderung kaum wird verboten, gewiß aber nie schlechthin wird ausgeschlossen werden können? Der Doppelforderung entgeht man auf diese Weise nicht; der Gläubiger wird sich den persönlichen Deckungsanspruch schon zu verschaffen wissen, derselbe läßt sich ja vom Realrechte juristisch, äußerlich trennen. Ein Glück noch, wenn nicht dabei, um das neben dem Pfandanspruche gegen den Verpfänder erworbene Forderungsrecht der Einwendung der Gesetzesumgehung zu entziehen, zum Wechsel, zur Begründung abstracter Ansprüche gegriffen wird; sonst würde die vorgeschlagene hypothekenrechtliche Neuerung die Lage des Schuldners nur noch verschlimmern. Aber gesetzt, diese Befürchtung wäre übertrieben, die gesetzliche Beschränkung der Haftung auf das Pfand würde nicht bloß theoretisch, sondern auch im Verkehre zur Sonderung von Immobilar- und Personalcredit führen, was gewinnt der Grundbesitz dabei? Eine solche Sonderung ist beim landwirthschaftlichen Grundbesitz z. B. wenig rationell; der Werth des Pfandgutes wird da auch von der Persönlichkeit des Creditnehmers (Intelligenz, agriculturtechnisches Wissen und Können) und von dem Maß des Capitalaufwandes mitbestimmt, den dieser auf den Boden machen kann. Hier fließt thatsächlich, wie es in der heutigen Hypothek richtig zum Ausdrucke kommt, Immobilar- und Personalcredit zusammen. Doch man mag auch darüber hinweggehen, vielleicht ist das Irrationelle ausnahmsweise einmal nützlich; hat es doch den Anschein, als ob mit dieser Sonderung ein durch den Hypothekenanspruch bisher gebundener Creditfactor frei, dem Schuldner gewissermaßen neu geschenkt würde. Nun ist es aber nicht unbekannt, wie sehr in Ansehung des Personalcredites des Bauern alles noch im Argen liegt; für dessen Ausnützung ist „bisher nur in einem verschwindend kleinen Theile Deutschlands durch Darlehnscassenvereine in genügender Weise gesorgt". In Folge dessen stellt sich die Rechnung für den Grundbesitz ungefähr so: Der Hypothekargläubiger verliert einen von den beiden Befriedigungsansprüchen, die er heute besitzt. Sein Rifico erhöht sich. Dafür wird ihm der Schuldner zum mindesten höhere Zinsen bezahlen müssen; wenn

Digitized by Google

nicht gar das Capital oder doch ein großer Theil desselben der Ansicht ist, daß die gesteigerte Gefahr durch eine Zinsfußsteigerung nicht ausgeglichen werde, und sich daher gegen das Ansuchen des Grundbesitzes um Credit fortan ablehnend verhält oder doch die Beleihungsgrenze zum Schaden des Grundbesitzes erheblich herabdrückt. Was aber der Grundbesitz in seinem frei gewordenen Personalcredit empfängt, das wird er in sehr vielen Fällen nicht ausmünzen können: sei es wegen der ungenügenden Creditorganisation, sei es, weil sein Personalcredit im einzelnen Falle zwar gerade groß genug wäre, um den Darlehnsgeber über die geringere hypothekarische Sicherheit, die ihm geboten wird, zu beruhigen, jedoch zu unbedeutend ist, um als besondere Creditquelle in Betracht zu kommen. Das Gutsinventar, das Zubehör des Grundstückes von letzterem zu trennen und für den Personalcredit in Anspruch zu nehmen, wird man sich wohl reiflichst überlegen. Was bleibt dann beim kleinen und mittleren Grundbesitz für den gesonderten Personalcredit übrig? Und nicht viel anders steht die Frage für den städtischen Realitätenbesitz, wo derselbe (Miethshäuser) ein Unternehmen ist, in welches der Hauseigenthümer so ziemlich sein ganzes Capital gesteckt, denn die Miethszinsforderungen müssen doch schon nach der Fruchtanalogie für das Realrecht haften. Mit anderen Worten, der Schuldner gewinnt in den meisten Fällen nichts, aber der Immobilarcredit wird erschwert, eingeschränkt, vertheuert.

Nicht minder als über den praktischen Erfolg des von ihnen in Vorschlag gebrachten Mittels irren aber die Anhänger der Haftungsbeschränkung in Ansehung ihres principiellen Ausgangspunktes: der accessorischen Natur der Hypothek. Einen schlagenden Beweis dafür bietet die hamburgische Hypothekenordnung, welche in der Anerkennung der Selbständigkeit der Hypothek, wie schon bemerkt wurde, über das preußische und mecklenburgische Recht hinauszugehen für nöthig hielt. Nach hamburgischem Rechte begründet jeder Hypothekenposten — bis zum Beweise einer entgegenstehenden Verabredung — „auch die persönliche und verzinsliche Schuldverbindlichkeit des Grundeigenthümers gegen den Hypothekgläubiger" (§ 33 des in Anm. 2 genannten Gesetzes). Also auch die nichtaccessorische Hypothek verträgt sich sehr wohl mit einem „die Person und das übrige Vermögen des Schuldners" erfassenden Forderungsrechte. Hier zeigt sich eben deutlich, daß es nicht auf die Construction der Hypothek, sondern auf die wirthschaftliche Erwägung ankommt, welches Maß von Sicherheit und Vortheilen dem Gläubiger gewährt werden soll. Die Construction der Hypothek ist hier lediglich das Mittel, den den Gläubiger begünstigenden Erwägungen zu ge-

Digitized by Google

nügen: in der Absicht, die Stellung des Gläubigers thunlichst zu befestigen, Steigerung der Selbständigkeit der Hypothek durch Verminderung der Einreden und zugleich Verbindung des Realrechtes mit einer persönlichen Forderung. Gegen die accessorische Hypothek anzukämpfen, bringt deshalb das Problem der Haftungsbeschränkung um nichts vorwärts. Dessen Verwirklichung muß auf anderen, verläßlicheren und auch für das Capital gangbaren Wegen verfolgt werden, und solche sind vorhanden. Das Nächstliegende ist, der heute bloß de facto subsidiären Verpflichtung des nicht mehr im Besitze des Grundstückes befindlichen Pfandbestellers den Charakter der Subsidiarität rechtlich zu sichern. Es kann dies durch Einräumung der Einwendung geschehen, daß der dritte Pfandbesitzer früher ausgeklagt werden müsse, oder dadurch, daß die Geltendmachung der persönlichen Forderung — wie in Hamburg — erst dann gestattet wird, wenn die Schuld bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks durch den Verkaufserlös nicht gedeckt oder die Versteigerung fruchtlos versucht wurde. Da ferner die Veräußerung des Grundstücks seitens des Pfandbestellers die Interessen dieses und des Hypothekargläubigers in ein ähnliches Verhältniß zu einander bringt, wie es zwischen den Contrahenten eines Kaufvertrages im Evictionsfalle zu beobachten ist, so könnte zum Schutze des Personalschuldners auch der Gedanke Verwendung finden, daß der ursprüngliche Hypothekarschuldner sowie dessen Erben und der Hypothekargläubiger jedem späteren Besitzer des belasteten Grundstücks gegenüber in einer gewissen Interessengemeinschaft stehen. Diese gemeinsamen Interessen kann nur der Gläubiger wahren; er hat sie daher unter voller Verantwortlichkeit wahrzunehmen. Daraus würden sich für die Haftung des ursprünglichen Verpfänders eine Anzahl von Erlöschungsgründen ergeben, analog etwa denjenigen, welchen der Entwehrungsanspruch des Käufers ausgesetzt ist. Die concurrirende Haftung des persönlichen Schuldners führt zur Sorglosigkeit des Gläubigers in Ansehung des Hypothekenanspruches; mit der Aufnahme der eben bezeichneten Grundsätze würde diese Nachlässigkeit ihr Ende finden. Wegen Unterlassung des Einspruches bei Verschlechterungen des Grundstücks, welche die Sicherheit der Hypothek gefährden, wegen Vorrangseinräumungen an einen nachstehenden Hypothekar, durch welche der Hypothekenanspruch dubios wird, wegen des Verzichtes auf die Hypothek seitens des Gläubigers, wegen Einleitung und Durchführung der Zwangsversteigerung ohne Verständigung des Personalschuldners, wegen aller willkürlichen Verfügungen des Hypothekargläubigers, die sonst noch heute einzig zu Lasten des Personalschuldners gehen und wider welche letzterer so gar nichts thun kann, ließe sich mittels der aus jenem Grundsatze entspringenden Ein-

Digitized by Google

reden gegen die persönliche Forderung gehörig Abrechnung pflegen. Und auf diese Art dürfte man auch den Grenzen ziemlich nahe kommen, innerhalb deren die Haftung des ursprünglichen Pfandbestellers als berechtigt und als erträglich erklärt werden muß. Der Entwurf ist der Versuchung, den Hypothekargläubiger auf die reine Pfandhaftung zu verweisen, mit Recht widerstanden;[5]) aber in der oben dargelegten Richtung bedürfen seine Vorschriften einer Vervollständigung.

Dem Realcredite wird nicht selten das Recht auf seinen Namen bestritten: wegen des Mangels des Vertrauensmomentes und nicht minder wegen des Abganges der für das Creditgeschäft wesentlichen zeitlichen Differenzirung von Leistung und Gegenleistung; im bestellten Pfande empfange der Gläubiger das hingegebene Werthquantum sogleich in anderer Form wieder zurück. Von der Realsicherheit als solcher gesagt[6]), ist das eine Uebertreibung. Denn vornehmlich von der Beschaffenheit und von dem Ausmaße der dem Gläubiger durch die Rechtsordnung in Ansehung der Deckung gewährten Verfügungsmacht, also von positiven, wechselnden Größen ist es abhängig, ob die durch die Leistung im Vermögen des Gläubigers entstandene Lücke schon im Augenblicke der Pfandbestellung wieder als thatsächlich ausgefüllt betrachtet werden kann. Auch die Auffassung des Vermögensbegriffes ist von einigem Einflusse darauf. Aber unter gewissen gesetzgeberischen Voraussetzungen kann jene Meinung richtig sein, einzelne historische Erscheinungen dienen ihr zur Bestätigung, und unbedingt muß die Möglichkeit zugestanden werden, ein Realcreditrecht auf dem Gedanken des Werthtausches aufzubauen. Von den Ausstrahlungen dieses Gedankens würden selbstverständlich auch die Detailbestimmungen nicht unberührt bleiben. Ist die Hypothek ein durch gegenseitigen Vertrag entgeltlich erworbener Werththeil, so sind von selbst als gesetzlich zu normirende Consequenzen gegeben: absoluteste Realisirbarkeit der Hypothek gegen dritte Besitzer des belasteten Grundstückes — gegen den besitzenden Contrahenten ein selbständiger Hypothekenanspruch, welcher

---

[5]) Denn die Vereinigung der Hypothek mit einem persönlichen Anspruche hat auch — was die Anhänger der reinen Realobligation gern übergehen — für den Grundbesitzer Vortheile. Die Taxirung bei der Belehnung braucht in Folge dessen nicht gar zu rigoros behandelt zu werden, und der Grundbesitzer wird vom Gläubiger bei der Nutzung des Gutes nicht ununterbrochen wegen angeblicher Minderung der Hypothekensicherheit drangsalirt. Beides ist nur möglich, wenn der Gläubiger kraft des persönlichen Anspruches im sonstigen Vermögen des Grundbesitzers für alle bei der Taxwerthberechnung etwa unterlaufenen Unrichtigkeiten und für kleinere Werthrückgänge Ausgleichung zu finden hoffen darf.

[6]) So z. B. von H. Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, III. Heft, S. 48.

Digitized by Google

lediglich die Berufung auf vertragswidriges Vorenthalten der vereinbarten Gegenleistung zu scheuen hat — Haftung des nichtbesitzenden Contrahenten nach den für die Haftung des Verkäufers geltenden Grundsätzen — unbeschränkte Uebertragbarkeit des erworbenen Werthes an Dritte, für welche (vom Fall der Erbfolge wird abgesehen) das Hypotheken-Erwerbsgeschäft des ersten Gläubigers juristisch nicht existirt, so daß durch den Uebergang an sie die Hypothek auch im Verhältniß zum besitzenden Contrahenten absolut verfolgbar wird. Ein vom Gedanken der Werthsicherung beherrschtes Hypothekenrecht muß hingegen das Hauptgewicht auf den Bestand des zu sichernden Anspruches legen und wird von da aus alle eben erwähnten Beziehungen wesentlich anders, durchgängig aber zugleich in einem dem Verpflichteten freundlicheren Sinne regeln; für beides ist das gemeine Recht Beweis genug. Die Wahl des leitenden Gedankens greift demnach tief ein. Die Annahme des Austauschprincipes mag insofern der Entwicklung des Bodencredites mehr Vorschub leisten, als der Gläubiger hierdurch in eine unübertrefflich günstige Position gelangt und das zu stärkerem Capitalsangebot reizen wird. Aber das Aufgeben des Sicherungsgedankens geschieht einseitig zu Lasten der Verpflichteten. Ebenso zu Lasten des Verkehrs, welcher zwar nicht das Bedürfniß nach einer entsprechenden Creditversicherung, wohl aber das der Befriedigung dieses Bedürfnisses specifisch angepaßte Mittel verliert. Durch die zu Zeiten viel gepriesene Möglichkeit, den Werth des Grundstückes unter Aufrechterhaltung der Detention des bisherigen Besitzers mittels Hypothekenbestellung allgemach in Geld umzusetzen, erhält ferner der Grundbesitz eine beängstigende Beweglichkeit. Und dann ist es sehr zweifelhaft, ob das Capital überhaupt nach derlei Betheiligungsrechten am Grundstückswerthe besonderes Verlangen trägt; über den Mangel an Anlagegelegenheiten werden selten Klagen vernommen. Legislativ büßt die Hypothek — nebenbei bemerkt — mit der Entziehung dessen, was sie wirthschaftlich individualisirt, jedenfalls ihre Daseinsberechtigung ein; ohne Schaden kann sie dann aus dem Gesetze verschwinden; es reicht die Erlaubniß hin, für irgend welche Ansprüche betreffs bestimmter Vermögensstücke einen gegen Dritte wirksamen Prioritätsvorzug vereinbaren zu dürfen.

Je bedeutender der Unterschied in den praktischen Wirkungen, als ein um so folgenschwererer, verantwortungsreicherer Act der Wirthschaftspolitik stellt sich die Entscheidung für eines der beiden Principien dar. Doch gehört sie zu den augenscheinlich unerläßlichen Vorbedingungen einer Creditgesetzgebung, da diese kaum ernstlich in Angriff genommen werden kann, solange man sich nicht bestimmtere Ansichten darüber ge-

Digitized by Google

bildet hat, welche Zugeständnisse vom Standpunkte der Volkswirthschaft dem Bodenbesitze, welche dem Credit gewährenden Capitale gemacht werden müssen und in welcher Art daher die Rücksicht auf das Gesammtinteresse zwischen den immer contrastirenden Gläubiger- und Schuldnerinteressen ausgleichen heißt. Für jeden, der aus dem Ueberblicke des gesammten Wirthschaftslebens der Nation urtheilt und darnach sich ein Bild der Zukunft entwirft, dessen Verwirklichung die Gesetzgebung in ihrer Sphäre und mit ihren Mitteln vorzubereiten hätte, kann es da nun bloß eine Ansicht geben. Die Ansicht kann falsch sein, Irrthümer sind nicht ausgeschlossen, aber unmöglich können zwei Ordnungen, die so excentrisch liegen und die Physiognomie des ganzen Creditverkehrs so durchaus verschieden gestalten würden, wie die oben gedachten Realcreditsysteme, gleichzeitig nebeneinander als der richtige Ausgleich angesehen werden. Der erwünschte wirthschaftliche Zustand, das ist ein Bild, auf dem Licht und Schatten in einer bestimmten Weise vertheilt sind. Dem können nicht zugleich beide Ordnungen entsprechen, denn was bei Durchführung der einen im Dunkeln ist, darauf fällt heller Schein, wenn nach der anderen vorgegangen wird. Man muß sich entscheiden; es führen nicht auch hier schließlich alle Wege nach Rom.

Der Entwurf weicht solcher Entscheidung dennoch aus, obwohl doch überdies ziemlich einhellig anerkannt wird, daß in demjenigen Theile des Grundbesitzes, für welchen die Creditfrage wirklich Lebensfrage ist, wegen der wesentlichen gleichen Verhältnisse zwischen starken und schwachen Schultern im allgemeinen nicht unterschieden werden kann, und deshalb zu einem mehrfachen Zuschnitt der Creditbedingungen eigentlich keine Ursache wäre. Trotz aller zur Einheitlichkeit drängenden Erwägungen ist das Immobilarcreditrecht des Entwurfes auf einen doppelten Ton gestimmt. Die Pfandrechtsreihe des Entwurfes — der Kürze wegen darunter stets die Grundschuld begriffen — fußt mit der Sicherungshypothek auf dem Principe der Werthsicherung, mit der Grundschuld aber auf dem des Werthtausches; die schrittweise Schwächung des Zusammenhanges zwischen Forderung und hypothekarischem Rechte ist nur Ausdruck des in derselben Stufenfolge sich vollziehenden Ueberganges von der Sicherungsidee zum Veräußerungsgedanken. Letzterer erscheint in den Bestimmungen über die Grundschuld nicht mit strengster Folgerichtigkeit durchgeführt, aber von den den Verpflichteten nachtheiligen Aeußerungen dieses Gedankens wird man nur wenige im Entwurfe vermissen; jedenfalls ist in die hypothekenrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes schon zuviel vom Tauschprincip hineingerathen, um noch von einem einheitlichen Realcreditrechte sprechen zu können. Sich dieses gefährlichen

Digitized by Google

Dualismus bewußt zu sein, ist für die Beurtheilung der Pfandrechtsreihe des Entwurfes von Belang.

Diese Reihe läßt sich fürs erste historisch beurtheilen, als Folge der gegenwärtigen particularrechtlichen Besonderheiten im Gebiete des Liegenschafts-Pfandcredites. Mehrheit der Pfandrechtsarten, um, soweit nur irgend thunlich, jedem einzelnen Territorium die dort zur Zeit gebräuchlichste Hypothekenform zu erhalten, am Bestehenden möglichst wenig zu ändern — ein Gesichtspunkt, der sich auch in anderen Materien bei Abfassung des Entwurfes Geltung zu verschaffen wußte (es genügt die Verweisung auf das eheliche Güterrecht) und der insbesondere auch bei den am XX. Juristentage über die vorliegende Frage geführten Verhandlungen von einzelnen Seiten Billigung erfuhr. Trotz seiner Zaghaftigkeit, oder vielleicht besser: eben deswegen hat dieser Gesichtspunkt viel Einschmeichelndes. Die Furcht, durch Gesetzesbestimmungen in die mächtige und weit verzweigte Hypothekarcreditbewegung störend einzugreifen, theilt sich leicht mit. Man sieht eine Menge von Formen, die der Verkehr sich angeeignet und zum Gehäuse werthvoller Theile der wirthschaftlichen Volkskraft gemacht hat; wird es denn möglich sein, einzelne dieser Formen zu zerbrechen, ohne diese Interessen zu verletzen, wird man sie besser schützen können als jetzt? Wie groß, wie weise erscheint da die Bescheidenheit, und das Ergebniß ist: man „durchstudirt die groß' und kleine Welt, um es am Ende gehen zu lassen, wie es Gott gefällt".

Die Frage, ob auch wirklich alle Territorien ihre jetzigen Grundpfandrechtsformen — wenngleich natürlich nicht immer auch unter demselben Namen — im Entwurfe wiederfinden, läßt sich ohne viel Vorbehalt bejahen. Die Sammlung ist relativ vollständig; was mangelt, kommt für das eigentliche Realcreditgeschäft gar nicht, für den sonstigen creditrechtlichen Verkehr nur indirect in Betracht. Einzelnen Staaten, nämlich Preußen, Sachsen und Meiningen, sowie den Gebieten, in welchen das Immobilarsachenrecht oder doch das Hypothekenrecht nach dem Muster der beiden ersten Staaten normirt ist, würde die Hypothek entgehen, welche zu Gunsten einer vollstreckbaren Forderung durch Zwangseintragung begründet werden kann. Nach dem Entwurf wird solchenfalls nur eine Sicherungshypothek erworben (§ 1130), während — wenn die Bezeichnung erlaubt ist — die Zwangshypothek der eben benannten Rechtsgebiete eine normale Hypothek, also in Preußen[7]) eine

---

[7]) § 9 des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883.

Digitized by Google

Briefhypothek ist, in Sachsen und Meiningen aber ungefähr der Buchhypothek des Entwurfs gleichkommt. Will man eine Zwangshypothek überhaupt aufnehmen, so ist es ein Widerspruch, ihr nur halbes Recht zu verleihen. So geschwächt, ist die Zwangshypothek zu der ihr zugedachten Function unfähig, und in Folge ihrer geringen Verwendbarkeit erbringt sie dann in der That wider sich selbst den Beweis ihrer Ueberflüssigkeit. Das wird noch kurz zu erörtern sein.

Für die Bremer Handfesten dürfte im Entwurf die Grundschuld und zwar besonders die Eigenthümer-Grundschuld mit dem Grundschuldbrief wenigstens so weit Ersatz bieten, daß man die Formensammlung des Entwurfs nicht deshalb der Lückenhaftigkeit zu zeihen braucht. Doch die von dieser Continuität der Formen erhoffte Schutzwirkung wird durch ein Doppeltes beeinträchtigt.

Erstens dadurch, daß der Entwurf selbstverständlich nicht auch alle particulären materiellrechtlichen Bestimmungen tale quale aufnehmen kann, sondern hier behufs Erzielung gleichen Rechtes eine Vereinheitlichung vornehmen muß und diese nur durch Aenderungen am positiven Hypothekenrechte der Territorien bewerkstelligt werden kann. Bisher hatte die landesübliche Hypothek die und die Folgen für den Gläubiger und Schuldner; man kennt sie, man rechnet mit ihnen. Nun kommen auf einmal innerhalb der alten, wohlvertrauten Formen neue Rechtssätze zur Geltung, das Pfandverhältniß drückt auf der einen oder anderen Seite mehr als bisher, gewährt weniger, mehr Vortheile u. s. w.; kann da der Uebergang zum neuen Recht — wie es jener Dualismus möchte — dem Verkehre unbemerkt bleiben? Solche nicht unwesentliche und praktisch fühlbare Abweichungen enthält aber der Entwurf in nicht geringer Zahl. Außer jenen, die aus dem Oeffentlichkeitsgrundsatze hervorgehen, in dessen mathematisch strenger Durchführung der Entwurf sich über alle zur Zeit im Deutschen Reich geltenden Hypothekenordnungen erhebt, namentlich auch die gleich eingangs berührte, zum Theil nicht unbedeutende Verminderung der Einreden, welche mit der Unabhängigkeit der Grundschuld von einer Forderung auch dort eintritt, wo selbständige Hypotheken bereits anerkannt waren. Ferner fällt im Entwurf — was für den gewöhnlichen Creditverkehr unter Privaten außerordentlich wichtig ist — die intensive Prüfung der Eintragungs- und Umschreibungsanträge weg, welche nach vielen Particularrechten den Buchbehörden obliegt, so z. B. in Württemberg, Baden, Nassau, Meiningen, Frankfurt, Homburg. In Württemberg hat sich diese Untersuchung der Unterpfandsbehörde nebst anderem auf die Anerkennung der Forderung, bei vertragsmäßigem Pfandrechtstitel auf die

Digitized by Google

Handlungsfähigkeit des Verpfänders, ferner auf dessen Vermögens- und Schuldenverhältnisse zu erstrecken[8]); in Baden schließt sie sogar die Veranlassung der Schätzung der zum Pfand einzusetzenden Liegenschaft in sich, und nach nassauischem Hypothekenrechte ist stets, nach meiningischem wenigstens unter Umständen die Rechtsgültigkeit des Geschäftes behördlich zu prüfen, welches zur Eintragung führen soll. Das sind Veranstaltungen, welche die aus der Unkenntniß der Bucheinrichtungen und aus dem Formalismus des Grundbuchrechtes so leicht entspringenden Benachtheiligungen aufs äußerste beschränken und neben welchen zumal auch das Vertrauensprincip viel harmloser wird. An deren Stelle soll nun im Entwurf die Formalität des „materiellen Consensprincipes", die Ceremonie des dinglichen Vertrages treten. Man vergegenwärtige sich, was das für jede einzelne Hypothekenbestellung und zugleich für den gesammten Verkehr bedeutet. Wird die Formengleichheit die Nachwirkungen dieser Umwälzung mildern? Und wenngleich nicht so stark, doch jedenfalls wahrnehmbar wird der Rückschlag der Vorschriften über den Hypothekenbrief für jene Gebiete sein, in welchen schon heute mehr minder ähnliche Hypothekenurkunden, jedoch als bloße Beweisurkunden im Umlaufe sind.

Dem Rechtsverkehre wird demnach selbst dann nicht alle Beunruhigung erspart bleiben, wenn sich der Entwurf streng darauf beschränken würde, die heute vorkommenden Hypothekenformen im Gesetze sorgfältigst zu sammeln. Nun muß aber noch ein Zweites erwogen werden. Mit der Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches endigt die heute in den einzelnen Staaten zu Gunsten der bezüglichen Landeshypothek bestehende Prohibition. Was als vorsichtige Erhaltung des gegenwärtigen Rechtszustandes, als strenger Regionalismus gemeint ist, wird deshalb im Erfolg für die verschiedenen Territorien zur starken Vervielfältigung der Pfandrechtsarten werden. Bisher von dem einzelnen Gebiete ausgeschlossene Verpfändungsarten werden von nun an als Institute des gemeinsamen bürgerlichen Rechtes zum freien Wettbewerbe mit der früher allein statthaften Hypothekenform zugelassen, und das wird und muß die Verhältnisse des Hypothekarcreditverkehres in den meisten Gebieten erheblich umgestalten. Allerdings werden die neuen Pfandrechtsarten nur wahlweise zugelassen, aber dadurch wird die Sache nicht besser. Denn — worauf noch zurückzukommen ist — praktisch wird das Wahlrecht der „Betheiligten" ein Wahlrecht des Gläubigers, die Mehrheit der Pfandrechtsarten ein Sieg derjenigen Form sein, die den

[8]) Römer, Das württembergische Unterpfandsrecht, S. 155 f.

Digitized by Google

Credit gewährenden Factor am vollständigsten saturiren wird. Mit der „Schonung des Bestehenden“ ist daher die Vielheit der Pfandrechtsarten in keiner Weise zu vertheidigen. Was an und für sich unmöglich ist: den Verkehr über das geschichtliche Ereigniß der Codification des bürgerlichen Rechtes gewissermaßen hinwegzutäuschen, wird auch der legislativen Methode des Entwurfs versagt bleiben. Sein Zagen, seine Fürsorge für das Gegebene wird im Gegentheile die Ursache sein, daß sich der Hypothekenverkehr in vielen Gebieten durch das Hinzutreten neuer Formen unendlich verwickelt und durch Jahre unter den Wirkungen des wirthschaftlichen Processes zu leiden haben wird, zu dem das Darbieten neuer, dem Capitale günstigerer Hypothekenformen sicher den Anstoß giebt. Wie belästigend schon für den Verkehr, wenn er in jedem einzelnen Falle erst zwischen dem in den verschiedenen Rechtsgebieten herangewachsenen Guten, minder Guten und Besserem zu wählen hat! Durch den historischen Gesichtspunkt wird die Pfandrechtsreihe des Entwurfs nicht verständlich, nicht ausreichend begründet. In Folge des Zusammentreffens günstiger Umstände lassen sich heute die Verhältnisse des Immobilarcredits ziemlich vollständig überblicken; nach der juristischen, wirthschaftlichen, gesellschaftspolitischen Seite. Die Bedürfnisse des Credit suchenden Grundbesitzes, die Wünsche des Capitals, die Stellung des Gesammtinteresses zu diesen beiden Productionsfactoren, das sind constante, durch alle deutschen Staaten hindurch sich wesentlich gleich bleibende Größen. Die Vorbedingungen einer einheitlichen Ordnung könnten sonach kaum günstiger liegen. Warum auf solche Ordnung verzichten? Legislativ ist es doch gewiß nicht zu rechtfertigen, eine bestimmte Hypothekenform im Bewußtsein ihrer Unvollkommenheit der besseren Form im Gesetzbuche als ebenbürtig an die Seite zu stellen. Sollte solche Kritik etwa eine für die Gesetzgebung zu schwierige Aufgabe sein? Dann hat es wohl noch weniger Ansprechendes, die Sichtung und schließliche Ordnung dieser vielköpfigen Hypothekenvereinigung von der Freiheit vertragsmäßiger Wahl zu erwarten. Der Glaube an die Wunderkraft des sich selbst regelnden freien Verkehres ist ohnedies gering geworden, seit man so oft sehen mußte, wie das klangvolle Abstractum des ungehemmten Interessenspieles den thatsächlichen Machtverhältnissen gegenüber zum Wortspiel wird.

Doch so sehr sie in mancher Beziehung damit verwachsen sein mag, löst sich die Pfandrechtsreihe des Entwurfs als Zukunftsrecht doch wieder von dem Hintergrund der lex lata los. Als Werk für sich darf sie dann auch auf ihren inneren Grund und Zweck befragt werden. Vielleicht daß der Formenreichthum nur natürlicher Reflex gewisser im

Digitized by Google

hypothekarischen Verhältnisse vorkommender wichtiger Unterschiede ist, deren Bedeutung lange übersehen, nun aber durch eine geschärfte Beobachtung des Lebens zu Tage kam. Das gilt gleich betreffs der Verschiedenartigkeit der Hypothekargläubiger; denn die Bedeutung der Gläubigerpersönlichkeit für den Hypothekarkredit wird erst in neuerer Zeit besser gewürdigt. Der Preis des Credits ist im Wesentlichen den Verhältnissen des Geldmarktes unterworfen, da hat im regelmäßigen geschäftlichen Verkehr (d. h. abgesehen von den Fällen der Liberalität und des Wuchers) die Persönlichkeit des Capitalbesitzers nicht viel zu sagen. Hingegen entscheidet sie über die Langsichtigkeit des Credits, dessen Unkündbarkeit und über die Amortisation, also gerade über die Erfüllung der Hauptdesiderien des Grundbesitzes und besonders des landwirthschaftlichen. Die Einsicht, daß diese letztere Gruppe von Darlehnsbedingungen die eigentliche „Hypothekarcreditfrage" in sich schließt, verbreitete sich nur allmählich; lange war sie nichts als Zinsfrage. Daraus erklärt sich auch, warum die subjective Seite erst jetzt nachdrücklicher hervorgehoben wird; es geht dies mit den neueren Bemühungen Hand in Hand, für die einzelnen Gebiete taugliche Hypothekarcredit-Organisationen zu schaffen oder bereits bestehende zu verallgemeinern und jeder Art Grundbesitz zu eröffnen. Für eine Gesetzgebung, die von der Ueberzeugung durchdrungen ist, daß es für den Hypothekarcredit nichts Nebensächliches sei, ob er aus dem Vermögen von Privatpersonen, aus Mündelgeldern, aus Stiftungsfonds oder aus den Capitalien von Bodencreditanstalten dieser oder jener Art fließe, wäre es ein immerhin discutables Unternehmen, diese subjectiven Verschiedenheiten auch bei der Gestaltung der Hypothekenformen in Anschlag zu bringen. Freilich sollten dem — woran es zur Zeit fast noch in allen deutschen Staaten gebricht — genaue Erhebungen über die Quellen vorhergehen, aus welchen bis nun der Hypothekarcredit des Landes vorzugsweise gespeist worden, und über das Verhältniß, in welchem die einzelnen Kategorien der Vermögen am gegenwärtigen Hypothekenstande betheiligt sind. Aber bestände der Plan, zur hypothekarischen Investirung gewisser Vermögenskategorien deshalb besonders anzuregen, weil sie sich zufolge der für ihre Verwaltung und Verwendung maßgebenden Grundsätze dem Grundbesitze gerade unter den seiner wirthschaftlichen Natur angemessensten Bedingungen zur Verfügung stellen könnten, so ließe sich dieser Plan hier vielleicht am unmittelbarsten betreiben. Der Entwurf enthält nun — was sehr bemerkenswerth ist — in seinen Hypothekarformen bereits alle Elemente eines solchen Systems; empfiehlt sich die Vielheit der Formen etwa aus diesem Gesichtspunkte?

So recht eigentlich bewegliches Vermögen ist das isolirte, auf nutz-

Digitized by Google

bringende Verwendung bedachte Capital von Privatpersonen. Es kann der Regel nach selten lange auf demselben Platz liegen bleiben; der Besitzer bedarf immer einer gewissen offenen Disposition, seiner eigenen Verpflichtungen halber und namentlich, weil er sich keine Gelegenheit zu besserer Verwendung des Vermögens entgehen lassen möchte. Wenn der Grundbesitz diese Capitalien braucht, muß denselben durch irgend ein Mittel ihre Beweglichkeit erhalten werden, und in dieser Hinsicht wenigstens ist das, was die Motive des Entwurfs die „verkehrsfähige Gestaltung der Hypothek" nennen, ein geradezu ideales Mittel. Stiftungs- und Mündelcapitalien vergelten die Sicherheit der Anlage, welche ihnen der Grundbesitz bietet, mit einer großen Beharrungskraft. Die Stabilität ist hier theils durch die Stiftungssatzungen, welche entweder die hypothekarische Anlage verordnen oder doch für die Verwaltung des Stiftungsvermögens dauernd zu beobachtende Directiven geben, theils durch den Mangel eines Impulses, die Ertragsfähigkeit durch rasches Wechseln der Fructificirungsarten aufs äußerste zu steigern, theils endlich durch allgemein geltende Grundsätze des Vormundschaftsrechtes verbürgt, also a priori gewiß. Weil organisch begründet, ist sie zugleich vor Veränderungen aus inneren Ursachen geschützt; von äußeren Ursachen zählt wohl nur der Eintritt der Volljährigkeit in Betreff von Mündelgeldern. In der Mitte zwischen den beiden bisher erwähnten Vermögenskategorien stehen die Capitalien, welche Hypothekenbanken, Landschaften, staatliche und provinzielle Bodencreditanstalten dem Grundbesitze zuführen. Ihre Beständigkeit ist namentlich insofern eine geringere, als die der Anstalt zum Zweck der Bodenbelehnung übergebenen Capitalien von den Einlegern u. s. w. mehr minder beliebig wieder zurückgezogen werden können. Diese Minderung ist zwar mehr theoretisch als thatsächlich, da — von Krisen abgesehen — einer gut verwalteten derartigen Anstalt stets wieder genug neues Capital zuströmen wird; aber wegen dieser, wenngleich nur virtuellen Abhängigkeit von äußeren, nicht immer leicht voraus berechenbaren Umständen muß doch der den Credit vermittelnden Anstalt etwas weiter gehende Verfügungsfreiheit, dem in Hypotheken investirten Capital eine etwas größere Beweglichkeit, als bei Stiftungsgeldern z. B., vorbehalten werden.

Für jede der drei Gruppen enthält der Entwurf eine passende Hypothekenform. Für die Bedürfnisse des individuellen Privatcapitals die Briefhypothek oder die Grundschuld; für Anlagen aus Mündelvermögen und Stiftungsfonds reicht die Sicherungshypothek aus, denn hier hat die Hypothek absolut nur Creditgarantie zu sein, und endlich begegnen sich Anstaltshypothek und Buchhypothek, indem bei beiden der Sicherungszweck überwiegt, die Möglichkeit aber, das Capital ohne Zwangsversteigerung

Digitized by Google

und Zwangsverwaltung durch Veräußerung der Hypothek einzuziehen, trotz geringerer Betonung doch nicht unbedingt abgeschnitten ist. Doch über diese verheißungsvollen Ansätze kommt der Entwurf leider nicht hinaus; es fehlt die ordnende Idee, das System, als dessen Theile die einzelnen Formen erst begreiflich würden. Deshalb sind die vielen Pfandrechtsarten, die sich durch die erörterten Unterschiede vielleicht rechtfertigen ließen, im Entwurf dadurch nicht gerechtfertigt. Als Glieder irgend eines Systems müßten sie vor Allem sachlich bedingt, von Gesetzes wegen mit gewissen Darlehnsmodalitäten enge verknüpft sein; so hingegen kann jede dieser Pfandrechtsarten für jede Forderung begründet werden, es wird der wirthschaftlich gerechten Verwendung der einzelnen Arten keine Bedeutung beigemessen. Thatsächlich ist demnach nicht die Subjectivität des Gläubigers, sondern lediglich das concrete Parteibelieben das Regulirende. Eine Erstreckung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit auf ein ihm bis jetzt verschlossenes sachenrechtliches Gebiet, das ist also die ganze Frucht der besseren und tieferen Einsicht in das Wesen des Hypothekarcredits, deren man sich heute erfreut. Wer hätte aus der bisherigen Entwickelung des Hypothekenrechts gerade diese Moral herausgelesen! Doch für je maßgebender das Parteibelieben erachtet wird, dem die Pfandrechtsreihe des Entwurfs nur vorauszufühlen versucht, um so mißlicher wird dann die Thatbestandslosigkeit der einzelnen Pfandrechtsarten auch verkehrsstatistisch wirken. Sie wird nämlich das geschäftliche Urtheil über die verschiedenen Pfandrechtsarten beirren und trüben. Durch das Vorhandensein differenter meritorischer Bedingungen würde jede dieser Arten zu etwas Selbständigem, mit ihr eigenthümlichen Vorzügen und Nachtheilen geprägt. In Folge ihrer Voraussetzungslosigkeit aber rücken alle vom Entwurf anerkannten Pfandrechtsarten auf dieselbe Basis zusammen, fordern damit zum gegenseitigen Vergleichen heraus und werden nun lediglich nach ihrer größeren oder geringeren Vortheilhaftigkeit classificirt. Die Sicherungshypothek wird auf diese Weise gewaltsam zu einem ganz untergeordneten Rechte, zu einer Hypothek letzter Classe herabgedrückt, obwohl sie bei Crediten aus gewissen Fonds genau so viel werth ist, wie die Briefhypothek, weil eben bei jenen Darlehen Complicationen von vornherein ausgeschlossen sind, zu deren Bewältigung die besonderen Eigenschaften und Kräfte der Briefhypothek nöthig wären. Auf der anderen Seite wird durch das nackte Nebeneinanderstellen der Pfandrechte zu einer ebenso großen Ueberschätzung der Briefhypothek und Grundschuld verleitet, weil sie objectiv das größte Quantum Befugnisse verleihen, während in Wahrheit diese Pfandrechtsarten überall entbehrlich sind, wo nach Lage der Verhältnisse schon von vornherein auf

Digitized by Google

ein Ausnützen ihrer specifischen Fähigkeiten nicht gerechnet werden kann. Neben der Hypothek, welche sich äußerlich als die stärkste giebt, werden die anderen Pfandrechtsarten einen schweren Stand haben. Wie fern übrigens dem Entwurf bei der Aufstellung mehrerer Pfandrechtsarten der Gedanke an die Besonderheiten einzelner Creditquellen lag, zeigt sich — nebenher erwähnt — auch an der Behandlung der Frage, ob die Eintragung der Hypothek auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten müsse (§§ 1062, 1064).

Wer ein weiteres Fortschreiten des heute schon so mächtig entwickelten Pfandbriefwesens wünscht, wird die Verweigerung einer Hypothekeneintragung für auf den Inhaber lautende Forderungen als einen das Pfandbriefsystem hart treffenden Schlag empfinden. Denn die Ansicht, welche in Hessen gesetzlich, in Bayern, Sachsen und Württemberg wenigstens theilweise in der Litteratur und Praxis Anerkennung gefunden hat: daß die Hypothek unmittelbar für die Inhaber der auf Grund eines Pfandbriefanlehens ausgegebenen Schuldverschreibungen bestellt werden könne, diese Ansicht schließt die richtigste und zugleich gründlichste Lösung der viel besprochenen „Pfandbrieffrage" in sich. Mit dieser Abhülfe können die anderen, meist ebenso künstlichen als schwerfälligen und doch unzulänglichen Auskunftsmittel den Vergleich nicht aushalten, welche vorgeschlagen wurden, um den Pfandgläubigern dingliche Sicherheit und den Vorrang vor den übrigen Gläubigern der Bank zu gewähren, wenn das Hypothekarcreditgeschäft (wie es häufig der Fall ist) in Verbindung mit Banquiergeschäften betrieben wird.[9]) Die Inhaberhypothek hat allerdings

---

[9]) Vgl. hierüber H. Tinsch, Die Pfandbrieffrage in Deutschland, 1890 S. 9 ff., 27 ff. — Aus der Bemerkung der Motive (III. S. 636): die Aufnahme der Inhaberhypothek sei entbehrlich, weil das Bedürfniß, dessen Befriedigung durch die Inhaberhypothek befördert werden könnte, von den Pfandbriefämtern, Hypothekenbanken u. s. w. weit sicherer befriedigt werde, ergiebt sich eine durchaus mißverständliche Auffassung der Function der Inhaberhypothek. Beim Niederschreiben jenes Satzes war offenbar die Erinnerung an die literarischen und legislatorischen Bemühungen nach rationellerer Deckung der Pfandbriefgläubiger nicht gegenwärtig. Für den Grundbesitz macht es — wenn die Sache sonst entsprechend geordnet wird — nicht viel aus, ob die Eintragung zu Gunsten der Pfandbriefanstalt oder der Pfandbriefgläubiger erfolgt, aber ein berechtigtes Interesse der letzteren fordert ihre unmittelbare Sicherstellung. Und dieses Bedürfniß wird durch die Eintragung der Anstalt nicht befriedigt, sondern im Gegentheil verletzt. Schließlich spitzt sich die Frage dahin zu, ob die Anstalt als Darlehensgeberin oder — was wahrer ist — nur als Darlehensvermittlerin zu betrachten sei. Durch die Zulassung der Inhaberhypothek würde es ermöglicht, die Beziehung der Pfandbriefgläubiger und des Grundbesitzers zur Anstalt auf den Mandatsgedanken zu stellen und zu Gunsten der Briefinhaber mit der heute herrschenden Construction des Pfandbrief-

Digitized by Google

nicht unbeschränkt auf Anerkennung Anspruch. Was hindert es aber, Grenzen im Gesetz einzuhalten, indem man — etwa so, wie es das hessische Gesetz über das Verfahren der Hypothekenbehörden gethan [9]) — die Eintragung auf die Inhaber der Schuldurkunden von einem entsprechend gestalteten objectiven Thatbestande abhängig macht? [11]) Die Gefahr der Inhaberhypothek darf übrigens, namentlich wenn man sich auf den Boden des Entwurfs stellt, nicht allzu tragisch genommen werden. Denn wenn der Hypothekengläubiger sein Pfandrecht — wie es der Entwurf will — ohne bücherliche Umschreibung, durch bloß schriftliche Uebertragungserklärung auf dem Hypothekenbriefe soll abtreten können, so wird das sowohl für den Grundbesitzer, als für den Dritten, der die Belastung des Grundstücks aus dem Grundbuch genau kennen lernen möchte, in vielen Fällen weit nachtheiliger wirken, als die Bezeichnung des berechtigten

---

geschäfts als Doppeldarlehen zu brechen. Zu dieser Auffassung bekennt sich beispielsweise die im Jahre 1871 concessionirte bremische Hypothekenbank. Nach der den Pfandbriefen dieser Bank aufgedruckten Bestimmung des Art. 1 ihrer Statuten werden die Hypotheken von der Bank „für die Gesammtheit der Pfandbriefhalter erworben", und die Bank betrachtet sich lediglich als Verwalterin: sie „belegt diejenigen Gelder, welche ihr gegen Ausgabe von Pfandbriefen zur Verwaltung übergeben werden, hypothekarisch (oder handfestarisch) auf Grundstücke". Verhandl. des deutsch. Reichst., IV. Legisl.-Per., 2. Session, Actenstücke Nr. 50, S. 478.

[10]) Art. 15 des Gesetzes vom 19. Januar 1859: „Werden auf den Grund einer errichteten Hauptschuldverschreibung Partialobligationen auf Inhaber ausgestellt, so ist im Hypothekenbuche nicht allein der Name, Vorname und Wohnort der Person, unter deren Vermittlung das Darlehen zu Stande gekommen ist, sondern es ist auch einzutragen, wie viele Partialobligationen, in welchen Beträgen und unter welcher Bezeichnung solche über die Gesammtsumme ausgestellt worden sind."

[11]) Ein Beispiel dafür, wie die Zuständigkeit privilegirter hypothekarischer Berechtigungen auf bestimmte Thatbestände beschränkbar ist, giebt das nahe verwandte Gebiet des Meliorationscredit-Rechtes. Bei Darlehen, welche die Landescultur-Rentenbank für das Königreich Sachsen zum Zwecke der Bodenverbesserung gewährt, wird zu Gunsten der Bank eine zeitlich begrenzte Rente als Reallast auf das betreffende Gut eingetragen. Während nun zur Eintragung einer gewöhnlichen Reallast die Einwilligung der etwa vorhandenen hypothekarischen Gläubiger nöthig ist (§ 421 bürg. Gesetzb.), bedarf eine zur Sicherstellung der Culturrente für Wasserlaufsberichtigungen zu begründende Reallast dieses Consenses nicht. W. Schiff, Zur Frage der Organisation des landwirthschaftlichen Credites, 1892, S. 23. — Die Aufrichtung gesonderter hypothekarischer Thatbestände, welche sich an die wichtigsten typischen Creditirungsvorgänge und Veranlassungen anlehnen, und die nach diesen Thatbeständen wechselnde Ordnung der hypothekenrechtlichen Wirkungen wird vielleicht beim Meliorationscredite am ehesten zum Durchbruch gelangen. Zum mindesten liegt es in der Bahn der modernen Bemühungen, dem Meliorationsgläubiger den durch die Bodenverbesserung u. s. w. erzielten Werthzuwachs mit Vorrang vor allen älteren Hypothekariern zu reserviren.

Digitized by Google

Hypothekengläubigers durch Angabe der individuellen Kriterien seiner Forderung. Wie immer, ein Indiz für das Bestreben, der Eigenart gewisser wichtiger Creditquellen gerecht zu werden, ist das ablehnende Verhalten gegen die Inhaberhypothek sicher nicht. Die Motive (III. S. 637) vertrösten zwar auf die Regelung durch Specialgesetzgebung. Jeder solcher Versuch wird aber später — wie sehr zu besorgen ist — an dem „großen Grundsatz" der Namenseintragung scheitern, welchen ihm zu opfern, kein Bedürfniß für drängend genug gelten wird.

Es ließe sich endlich zur Motivirung der Pfandrechtsreihe des Entwurfs etwa noch auf die Beobachtung verweisen, daß wie der Credit nicht immer aus derselben Quelle herrühre, so keineswegs immer die nämlichen Verkettungen zur Inanspruchnahme des Immobilarcredites führen. An diesen Wechsel der Lebenslagen könnte bei dem Vorschlage einer Mehrheit der Pfandrechtsarten gedacht sein, und auch gegen diesen Versuch der Anpassung an die inneren, natürlichen Erfordernisse der häufigst vorkommenden Creditgeschäfte wäre principiell nicht viel einzuwenden. Doch auch so, von der Schuldnerseite also betrachtet, ist die Pfandrechtsreihe des Entwurfs kaum im Stande, die Ueberzeugung von ihrer Berechtigung oder gar Nothwendigkeit zu erwecken.

Von einer in der Mehrheit der Belastungsformen sich wiederspiegelnden Verschiedenheit der Creditbedürfnisse und der Creditbenützung kann nur gesprochen werden, wenn man dabei die Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem sein Grundstück verpfändenden Schuldner im Auge hat. Gerade nun im Verhältniß zwischen den ursprünglichen Contrahenten ist die eigentliche Hypothek des Entwurfes trotz der Menge von Bezeichnungen, unter welchen sie auftritt, ein Gebilde von äußerster Einförmigkeit und Sprödigkeit. Es wird dies nicht immer genug beachtet; namentlich nicht bei der Sicherungshypothek. Das zeigt die — zumal in landwirthschaftlichen Kreisen abfälligst beurtheilte[12]) — Zwangshypothek recht gut. Z. B. eine Zwangshypothek für einen vorläufig oder nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbaren Anspruch. Die Natur der Sache scheint hier eine Einrichtung der Hypothek zu heischen, die es organisch verhindert, daß der Anspruch aus der Hypothek vor endgültiger Feststellung der Forderung geltend gemacht wird; sonst ist das Präjudiz für den Schuldner zu stark. Zu solchem Sachverhalt paßt die gewöhnliche, sofort realisirbare Hypothek nicht. Aber ist dem nun geholfen, wenn der Entwurf die Zwangshypothek als Sicherungshypothek erklärt? Was seine Sicherungshypothek auszeichnet, ist, daß die Ein-

[12]) Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen, III., S. 349 f.

Digitized by Google

wendungen des Grundbesitzers (Schuldners) gegen den Anspruch aus der Hypothek in größere Entfernung, nämlich auch gegen solche wirken, welche die Hypothek im Vertrauen auf das Grundbuch vom ersten Gläubiger erworben haben. Diese Erweiterung der Flugbahn ist allerdings wichtig, aber doch nur für die Hypothekenübertragung; in Bezug auf das unmittelbare Verhältniß zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem verpfändenden Eigenthümer gewährt hingegen die Sicherungshypothek im Vergleich zur Buch- oder Briefhypothek nicht um den winzigsten Vortheil mehr: weder mehr oder anderen Schutz gegen die vorzeitige Geltendmachung der Hypothek — alles kann nur ope exceptionis erreicht werden —, noch mehr Einreden. Selbst wenn im gegebenen Falle die eben in der Rechtsmittelinstanz verhandelten Einreden gegen die Forderung zu gleicher Zeit auch dem Anspruche aus der Hypothek entgegengesetzt werden können, also sich die Einreden nicht geradezu vermindern, das ist klar: eine Anpassung an das in gewissen Thatbeständen der Sicherungshypothek zweifellos vorhandene Bedürfniß nach einer geschützteren Stellung des verpflichteten Eigenthümers findet unter solchen Umständen nicht statt. Die Sicherungshypothek in Anwendung auf das Verhältniß zwischen Grundbesitzer und erstem Gläubiger ist nicht um ein Atom mehr accessorisch, als es in derselben Richtung Buch- und Briefhypothek sind; jene beiden Contrahenten stehen sich in allen diesen Formen mit gleicher Macht und gleichem Schutz gegenüber, das ist ein festes Schema. Erst wenn ein dritter Nehmer der Hypothek erscheint, und lediglich in Bezug auf ihn endigt die Monotonie, und dieser Umstand bringt über die Tendenzen des Entwurfs vollständigste Aufklärung. Würde der Blick nicht so unverwandt auf die Negociabilität der Hypothekenposten und das Verhältniß des Gläubigers zu Dritten gerichtet gewesen sein, so hätte es offenbar werden müssen, daß den Verwicklungen des Geschäftsverkehres, auf welche die Sicherungshypothek reflectirt, mit einer nur schwerer verkäuflichen Hypothek nicht geholfen sei. Was fast unentbehrlich ist und trotz der reichen Artbildung des Entwurfs doch fehlt, ist eine wirklich nur sichernde, zur Zeit noch nicht realisirbare — nicht bloß durch Einreden abwehrbare — Belastung. Eine Belastung, die, wennschon gar nichts anderes, so doch die eine Gefahr ausschließt, daß (wie es in dem obigen Beispiele leicht geschehen könnte) der Schuldner sich in dem noch schwebenden Rechtsstreite vertheidigen und daneben in einen neuen Proceß über die Hypothekenklage einlassen muß. Die für einen noch nicht oder nur vorläufig vollstreckbaren Anspruch erworbene Sicherungshypothek (Arrest-, Zwangshypothek) ist — und darin

Digitized by Google

liegt ein Widerspruch — eine unbedingte definitive Eintragung zu Gunsten eines bedingten, unsicheren Anspruchs; sie begründet für eine noch nicht präsente Forderung ein präsentes Recht, das nur indirect, auf dem Umwege der Einwendungen gegen die Forderung gehindert werden kann, Schaden zu stiften. Das Institut einer bedingten Eintragung würde hier viel sachgemäßer sein, und derlei bedingte Eintragungen würden sich auch im geschäftlichen Verkehre nutzbringend verwenden lassen, so oft die Vereinbarungen über ein Rechtsgeschäft, bei welchem von der einen oder anderen Partei hypothekarische Sicherung gewährt werden soll, etwa bis zur Errichtung von Punktationen oder eines Präliminarvertrages gediehen sind, das Offenlassen einzelner Punkte aber doch noch den Erfolg der Transaction zweifelhaft macht. Nur eine bedingte Eintragung wahrt das Interesse beider Parteien gleichmäßig. Dem Gläubiger sichert sie für den Fall des Zustandekommens des Geschäftes alles, was er verlangen kann: für seinen eventuellen Anspruch Deckung in der von ihm gewünschten Priorität; auf den Schuldner aber nimmt sie (ohne damit dem Gläubiger nahe zu treten) besser Bedacht, indem sie die vorzeitige Geltendmachung des Hypothekenanspruchs ausschließt, im Falle der Vereitelung des Geschäftes leicht beseitigt werden kann, und bis zur Umwandlung in eine unbedingte Eintragung oder bis zur Löschung den Belastungsstand für jeden nachkommenden Gläubiger wahrheitsgetreu wiedergiebt. Doch über diese Dinge ist weiter kein Wort zu verlieren, sie sind zu bekannt; hier blüht auch kein Entdeckerruhm. Das Institut einer solchen bedingten Eintragung ist nicht erst zu schaffen. Es besteht bereits, zumeist unter dem Namen der Vormerkung, Hypothekenvormerkung — mit Abweichungen und Unterschieden im Detail — in der Mehrzahl der deutschen Staaten; so in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Weimar, Schwarzburg-Rudolstadt, Meiningen u. a., sei es im Sinne einer suspensiv bedingten Hypothekenbestellung, sei es als vorläufige Eintragung zur Erhaltung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek und zur Vorrangsicherung, also im Sinne einer protestatio pro conservando iure et loco. Nur darum kann es sich handeln, die vom Entwurf beabsichtigte Aufhebung dieses Instituts hintanzuhalten.

Warum gerade diese Art Hypothekenvormerkung — denn zur Wahrung der Rechte gegen die Gefahren der Publicität behält der Entwurf die Vormerkung bei (§ 1085) — aufgehoben werden soll, ist nicht einzusehen. Nirgends ergaben sich besondere Anstände gegen sie, nirgends kann man auf schlimme Erfahrungen oder Uebelstände hinweisen. Der geschäftliche Verkehr und das gerichtliche Verfahren haben sich an diese

Digitized by Google

Vormerkung gewöhnt; sie ist theoretisch unanfechtbar, mag sie auf Grund einer Bewilligung des Eigenthümers oder gemäß der C.P.O. als einstweilige Verfügung des Richters, oder endlich wegen formeller Mängel in den Unterlagen eines Antrages auf definitive Eintragung als Abschlagszahlung gewährt werden. Die Motive (III. S. 240 f.) bringen darüber — wie schon Gierke ausführte — wenig Stichhaltiges vor. Die Darlegung, aus welchen Gründen obligatorischen Ansprüchen auf Einräumung eines dinglichen Rechtes eine vorläufige Eintragung zu versagen sei, hat deshalb nichts Ueberzeugendes, weil die Schwierigkeiten und Anomalien, die sich nach den Motiven bei Zulassung einer solchen Eintragung ergeben würden, selbstgeschaffene, nämlich ausschließlich nur solche „vom Standpunkt des Entwurfes" sind[13]), also im Wesen alles in eine petitio principii ausläuft. Doch steht denn die Frage überhaupt so? Das Kriterium: obligatorischer Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes, gegen welches sich die principiellen Ausführungen der Motive allein richten, trifft doch nur für einen Bruchtheil derjenigen Fälle zu, in welchen nach den verschiedenen Particularrechten Vormerkung statthaft ist; insbesondere sind weder die Vormerkung mit Consens des Eigenthümers, noch die bei Anbringung eines nicht gehörig belegten Eintragungsansuchens und, streng genommen, auch nicht die in Vollziehung eines Arrestes oder einer vorläufigen Vollstreckung erfolgenden Vormerkungen darunter begriffen. Und ferner ist die Alternative garnicht die: Eintragung oder Nichteintragung; sie lautet vielmehr in Wahrheit: Eintragung als Vormerkung oder — als Sicherungshypothek. Denn von mangelhaften Ansuchen abgesehen, werden die Parteien in den meisten Fällen, in welchen sie heute nach ihrem particulären Recht eine Vormerkung erwirkten, auch nach dem Recht des Entwurfes zu einer bücherlichen Eintragung und zwar zu einer Sicherungshypothek gelangen. Nur daß diese Eintragung nicht mehr wie früher eine vorläufige, sondern eine definitive, nicht eine Platzhalterin für die Hypothek, sondern die Hypothek selber sein wird, und ob diese Veränderung nothwendig sei, das eben ist der zweifelhafte Punkt, über den sich die Motive der äußersten Wortkargheit befleißen. Wie diese Vormerkungen in die einzelnen Hypothekenordnungen gekommen sind, ist vielleicht von rechtsgeschichtlichem, nimmer aber von legislativem Belang. Kam es etwa noch nie vor, daß das Rechtsleben solchen historischen Gestaltungen ihren ursprünglichen Gehalt allmählich aussog, neue Gedanken hineinlegte und sie

---

[13]) Daß aber auch in dieser Beziehung nicht alles in der Begründung klappt, s. Fuchs, Wesen der Dinglichkeit, S. 122 f., 154.

Digitized by Google

dadurch zu rationellen Einrichtungen mit vollem Gegenwartswerth machte?[14]) Um ein in weiten Gebieten im täglichen Gebrauch stehendes Rechtsinstitut aufzugeben, genügt doch nicht, daß seine legitime Herkunft unsicher sei? Für ein Institut des geltenden Rechts giebt es im Auge des Gesetzgebers wohl nur den einen unsühnbaren Makel, daß sich das Institut praktisch nicht bewährt habe. Darauf steht dann freilich die Todesstrafe. Ueber die Zweckwidrigkeit der Vormerkungen ist aber, wie erwähnt, nichts offenkundig geworden, wenigstens nichts, was dazu nöthigen möchte, statt bloßer Modificationen und Verbesserungen diese elastische Eintragung gegen eine so schwere, und namentlich hinsichtlich der Klagbarkeit dem Reifwerden des Anspruches so weit vorgreifende Belastung auszutauschen, wie es die Hypothek ist.

Die Pfandrechtsreihe des Entwurfs einmal vom Standpunkte des Pfandschuldners zu betrachten, ist somit keineswegs fruchtlos. Der scharfe Gegensatz, der bei der Entwurf-Hypothek zwischen dem Verhältniß der ursprünglichen Contrahenten und dem Verhältniß zu späteren Hypothekengläubigern besteht, und der für die Beurtheilung wichtige Umstand, daß das, wodurch sich die einzelnen Hypothekenformen von einander unterscheiden, fast ausschließlich auf ihrer Außenseite (Verhältniß zu späteren Gläubigern) sitzt, werden so am besten erkannt. Für die vorgeschlagene Mehrheit von Hypothekenformen hat aber auch diese Betrachtung einen inneren Rechtfertigungsgrund nicht ergeben. Die Beziehung zwischen erstem Pfandgläubiger und Pfandbesteller anlangend, ist ein Unterschied nur zwischen Hypothek und Grundschuld vorhanden; dieser ist allerdings — worüber schon Eingangs gesprochen wurde — ein absoluter, indem dem Pfandbesteller bei sämmtlichen Arten der Hypothek keine einzige Einwendung aus dem materiellen Creditverhältniß entgeht, bei der Grundschuld keine einzige derartige Einwendung zusteht. Ganz unbefangen darnach gefragt, für welche Situationen des Schuldners wohl diese einwendungs- (doch nicht einwands-) freie Grundschuld berechnet sein könnte, läßt sich nur erwidern: für die verzweifeltsten. Thatsächlich wächst und bewegt sich ja auch die Grundschuld — aller juristischen

[14]) Die Angabe der Motive (III. S. 241), die neuere Gesetzgebung habe die Richtung eingeschlagen, daß die Vormerkung nur auf Ersuchen des Proceßrichters eingetragen werden dürfen, scheint auf einem Irrthum zu beruhen. So verhält es sich zwar nach preußischem Recht (§ 22 E. E. G.), dagegen wird in Bayern, Sachsen und Württemberg z. B. die Eintragung einer Vormerkung von den gewöhnlichen Hypothekenbehörden (Unterpfandbehörde, Grund- und Hypothekenbehörde, Hypothekengericht) bewilligt. Nach bayerischem und sächsischem Recht enthält jeder Antrag auf Eintragung stillschweigend den (eventuellen) Antrag auf Vormerkung in sich, woraus dann von selbst die Entbehrlichkeit einer Intervention des Proceßrichters folgt.

Digitized by Google

Zerspaltung ungeachtet — auf dem Boden des Creditverkehres; Gesetz und Wissenschaft mögen das wie immer construiren, thatsächlich hat auch die Grundschuld den Zweck, dem Gläubiger die Rückleistung creditirter Werthe zu sichern; thatsächlich ist auch die Grundschuld eine Creditmodalität, eine Creditbedingung, ebenso gut wie die eigentliche Hypothek. Nur daß sie eine an Strenge nicht mehr zu steigernde, messerscharfe Leistungspflicht des Grundbesitzers erzeugt, welche dessen Müssen aus dem Creditvertrage weit, weit hinter sich zurückläßt. Der Schuldner übernimmt nach dem Entwurf in der Grundschuld die Verbindlichkeit, die bestimmte angegebene Summe auch dann zu zahlen, wenn er sie zur Zeit der Fälligkeit des Grundschuldanspruches aus dem materiellen Rechtsverhältnisse, welches zur Grundschuldeinräumung geführt, nicht, nicht mehr oder nicht in dieser Höhe zu zahlen hätte: er übernimmt also die Verpflichtung, ohne Aussicht auf Rückersatz, eventuell mehr zu leisten, als er — auf das materielle Creditverhältniß gesehen — schuldet. Das sagt Alles. Normal wird sich der Schuldner zu solchen Bedingungen nicht verstehen, solange er nur irgend die Hoffnung hat, unter anderen, besseren, erträglicheren Bedingungen Credit zu finden. Wenn nicht die Gesetzgebung selbst — davon später — die Verhältnisse zu Ungunsten der Grundbesitzer verschiebt, wird das Vorkommen einer Belastung, wie die Grundschuld, stets Symptom schuldnerischen Leichtsinns oder äußerster Erschöpfung des Schuldners sein; die Verpflichtung zu einem ökonomisch ungerechtfertigten Plus ist, wie bei Chirographarschuldnern der hinaufgetriebene Zinsfuß, Entschädigung für die eminente Gefahr der Uneinbringlichkeit. Es scheint nicht nöthig und nicht rathsam, bei Regelung der Immobilarpfandrechte auf diese wirthschaftspathologischen Fälle als auf eine gattungsmäßige Verkehrserscheinung mit ihren eigenen organischen Anforderungen besonders einzugehen, ihnen gar eine eigens angepaßte — man verzeihe den Ausdruck — an gewisse Gewohnheiten des Wuchergeschäftes anklingende Belastungsform zu gewähren. Das Bedrohliche der Grundschuld verblaßt allerdings, wenn der Loyalität des Grundschuldgläubigers vertraut werden kann. Doch die Grundschuld ist von der Person des ersten Gläubigers leicht ablösbar; der Gläubiger, von dessen Rechtschaffenheit das Beste erwartet werden durfte, kann sich manchmal trotz aller gegentheiligen Vorsätze zur Abtretung gezwungen sehen. Und dann läßt sich doch die Anerkennung eines Rechtsinstituts nicht auf die Unterstellung gründen, daß der Gläubiger generell weniger, als ihm kraft des Gesetzes gebührt, begehren oder mehr Pflichten auf sich nehmen werde, als er nach dem Gesetze zu tragen hat. Deshalb wird dem über die Vielheit der Hypo-

Digitized by Google

thekenformen abgegebenen Urtheile noch beigefügt werden dürfen, daß bei gleicher Betrachtung von der Schuldnerseite auch die Aufnahme der Grundschuld nicht als gerechtfertigt erscheint.

Schon früher ward eines Gedankens Erwähnung gethan, der Anlage und Ausbau des Immobilienpfandrechts des Entwurfs hervorragend beeinflußt, so zu sagen dessen Rückgrat bildet. Es ist dies eine wirthschaftliche, von den wohlwollendsten Gesinnungen für die Interessen des Grundbesitzes eingegebene Erwägung. Von der Ansicht ausgehend, daß die Geneigtheit der Capitalisten zur Belehnung von Grund und Boden bei „verkehrsfähiger Gestaltung" der Hypothek (oder Grundschuld) erheblich zunehmen werde, glaubte man den Credit der Grundbesitzer zu stärken, wenn im Gesetzbuche für die Erleichterung der Hypotheken- (Grundschuld-) Circulation vorgesorgt würde. Ob der Gedanke an sich richtig, darüber wird noch einiges zu sagen sein; jedenfalls trägt er, weil ein Element der Creditpreisbildung betreffend, eine gewisse arithmetische Grenze in sich, jenseits welcher seine Richtigkeit zweifellos aufhört. Diese Grenze dürfte nun der Entwurf überschritten haben. Nach dessen Bestimmungen müßte der Grundbesitz die Bereitwilligkeit des Capitals übermäßig theuer bezahlen; die Tendenz, den Grundbesitz zu begünstigen, schlägt im Erfolg — wie dies namentlich Dernburg in den Verhandlungen des XX. Juristentages darlegte — in eine außerordentliche Begünstigung des Capitals um.

Die Mittel, durch welche Hypothek und Grundschuld marktgängig gemacht werden sollen, sind: das Institut des Hypotheken- (Grundschuld-) Briefes und das sogenannte Publicitätsprincip, der öffentliche Glaube des Grundbuchs. Ersteres gewährt Erleichterungen in den Formen der Uebertragung, indem es den Umlauf der Hypothek (Grundschuld) von der Herrschaft des Eintragungsgrundsatzes befreit, dem der Entwurf sonst durch das ganze Immobilarsachenrecht hindurch in anerkennenswerther Weise treu bleibt. Das Publicitätsprincip aber gestattet, die für die Hypotheken- (Grundschuld-) Abtretung wichtige Regel aufzustellen, daß jede durch die Mangelhaftigkeit der Hypothek (Grundschuld) oder der obligatorischen Grundlage der Hypothek — denn bei der Grundschuld des Entwurfs kann von letzterem keine Rede sein — etwa hervorgerufene Collision zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers gelöst werden würde, daß also, wo die Interessen des Grundbesitzers und jenes späteren Erwerbers sich widerstreiten, der Grundbesitzer stets den Kürzeren ziehe.

Digitized by Google

Das Publicitäts- (Vertrauens-) Princip, in dessen kräftiger — vielleicht nur allzu consequenter — Verwirklichung Preußen von der allgemeinen Hypothekenordnung Suarez' an den anderen deutschen Staaten beharrlich voranging, ist hier nicht abzuhandeln. Doch kann sich die Beurtheilung der pfandrechtlichen Schöpfungen des Entwurfs auch nicht um den Grundsatz des öffentlichen Glaubens stumm herumdrücken, denn wodurch sich die Hypothekenarten des Entwurfs von einander unterscheiden, ist ja wesentlich nur das Maß, in dem sie an den Wohlthaten und Härten des Publicitätsprincips Theil nehmen, das — ein Januskopf — nach beiden Seiten des Creditverhältnisses mit so ganz anderer Miene blickt, nur dem Gläubiger lächelt, nur dem Grundbesitzer droht. Denn, wenn nicht bloß als freie Büchereinsicht genommen, beläßt es letzterem nur wenige gegen den redlichen Cessionar verwendbare Einreden. Der Eintritt eines neuen Gläubigers stellt den Effect der meisten, dem früheren Gläubiger gegenüber vorgenommenen, die Hypothek betreffenden Rechtsacte jedes Mal frisch in Frage. Dieser Effect ist dadurch von einem, der Immobilarcredit-Beziehung eigentlich heterogenen, unsicheren und deshalb auch Unsicherheit verbreitenden subjectiv-innerlichen Momente: der Redlichkeit des Erwerbers, abhängig. Es ist fast ein Zufall, wenn die Rechtskraft der nicht im Buche fixirten Vereinbarungen den contrahirenden Gläubiger überdauert. Deshalb gesellt sich zur Sorge um die Ordnung seiner Rechtsbeziehungen für den Grundbesitzer die viel lästigere Sorge für die stete bücherliche Oeffentlichkeit des jeweils jüngsten Zustandes dieser Beziehungen. Jede derlei — beim Rechtsunkundigen besonders leicht mögliche — Unterlassung kann dem Grundbesitzer die schwersten Nachtheile zuziehen. Und was er dafür erntet, ist trotz der Bedeutung, die es im Ganzen hat, für den Einzelnen so unendlich gering und wird, man könnte fast sagen, mit jedem Jahre, nämlich mit der fortschreitenden Umgestaltung der Verhältnisse des Geldmarktes, immer geringer. Denn das war ja die große Neuerung der friedericianischen Gesetzgebung, daß sie die Spur der Bestreitungsverwirkung und der rechten Gewere nicht mehr weiter verfolgte, sondern den Publicitätsgedanken — die geschichtliche Verbindung zerreißend — zu einem Behelfe des Marktverkehres, zu einer wirthschaftlichen Maßregel machte. Die Publicität im materiellen Sinne war nun ein der damaligen Lage des Marktes angepaßtes verkehrspolitisches Stimulans geworden. Damit war aber zugleich bei der Veränderlichkeit der wirthschaftlichen Organisationen für sie die Möglichkeit gegeben, anachronistisch zu werden, und diese Möglichkeit ist heute durch die Vorliebe für leicht zu erwerbende

Digitized by Google

und leicht veräußerliche, auf nicht zu große Beträge lautende Inhaberpapiere mit sicherem Zinseingange näher denn je gerückt.

Sich daran zu erinnern, welches die Rückwirkungen des Publicitätsprincips auf den Grundbesitz seien, es nicht bloß nach seiner glänzenden, dem Verkehre, dem Gläubiger zugewendeten Seite zu beurtheilen, ist namentlich den Sätzen des Entwurfs gegenüber sehr zu empfehlen. Denn nicht einen Theil der Lasten der Publicität dem Grundbesitzer wieder abzunehmen, vielmehr ihm noch neue aufzubürden, ist die Absicht des Entwurfs, oder wäre doch die Folge der Annahme seiner einschlägigen Bestimmungen. Mit dem heutigen Rechtszustande verglichen, erleidet nämlich:

1. durch die Einführung der materiellen Publicität die Rechtsstellung der hypothekarisch Verpflichteten selbstverständlich in denjenigen Ländern eine enorme Verkürzung, in welchen gegenwärtig die Publicität nur erst als Gestattung der beliebigen Einsichtnahme der öffentlichen Bücher oder Register, d. h. in rein formellem Sinne anerkannt ist, oder unter Publicität Dinge verstanden werden, die man anderswo den Begriffen der Priorität und der Dinglichkeit des hypothekarischen Anspruchs einordnet. Das sind die großen Gebiete des rheinisch-französischen Hypothekenrechtes (Baden, die preußische Rheinprovinz, die bayrische Pfalz, Rheinhessen und Elsaß-Lothringen) und außerdem Schwarzburg-Rudolstadt, die Provinzen Starkenburg und Oberhessen und endlich — wie es scheint — auch Weimar und Frankfurt. Die durch Inscription zu erlangende Publicität des rheinisch-französischen Rechtes ist bekanntlich — von dem droit de préférence braucht hier nicht gesprochen zu werden — Verleihung der der Hypothek sonst mangelnden Verfolgbarkeit gegen dritte Erwerber des belasteten Grundstücks, nicht Entziehung und nicht einmal Einengung der Befugniß, das Recht, auf welchem die Verfolgung beruht, anzufechten.[15]) Dem Cessionar gegenüber hat der Verpflichtete unbeschränkt alle Einreden, welchen sein ursprünglicher Gläubiger ausgesetzt war (Art. 2112 C. c.), und diese Immunität ist von irgend einer Inscription unabhängig. Welch gewaltiger Sprung nun, wenn hier unvermittelt Rechtssätze in Kraft treten werden, welche den Verpflichteten im Gebrauche seiner Vertheidigungsmittel noch über das Maß des heutigen preußischen Rechtes hinaus binden! Diese Aenderung ist bis zu einem gewissen Grade unausweichlich; die Gefährlichkeit dessen, daß nun

[15]) Puchelt, Rheinisch-französisches Privilegien- und Hypothekenrecht I. S. 268. — Für die preußische Rheinprovinz hat die Publicität durch § 4 des Gesetzes über die Veräußerung und hypothekarische Belastung von Grundstücken vom 20. Mai 1885 einen weiteren Inhalt gewonnen.

Digitized by Google

mit einem Schlage der Buchstand zu so maßgebender Bedeutung gelangt, mag mit der Zeit geringer werden, je mehr es der Hypothekenverkehr auch hier gewöhnt, sich stets so zu sagen im Spiegel zu beschauen, über die Treue des bücherlichen Bildes der einzelnen Transactionen zu wachen. Werden sich aber auch die Hypothekarcreditbedingungen in diesen Gebieten zufolge des Ueberganges zu einem geordneten Grundbuchs- und Hypothekenwesen für den Grundbesitz um so viel günstiger stellen, daß sich wenigstens Vor- und Nachtheile der Neuerung compensiren?

2. Die Abrundung, welche das System der Publicität durch § 1083 (Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist) erfährt, wird sich in den Staaten, welche die materielle Wirkung der Oeffentlichkeit bereits kennen, kaum als Erschwerung bethätigen. Für die meisten derselben, vor Allem für Bayern, Sachsen,[16]) Mecklenburg liegt das Neue dieser Bestimmung, zumal wenn man bloß auf das Verhältniß zum dritten Erwerber der Hypothek sieht, vorwiegend in der Formulirung, weniger in der Sache, und von dem meritorisch Neuen, das § 1083 enthält, dürfte wieder bei Weitem mehr auf die Frage der Beweispflicht des klageführenden Hypothekengläubigers, als auf die der Vertheidigung gegen die Hypothekenklage entfallen. In Württemberg behält der Verpflichtete allerdings heute gegen den Rechtsnachfolger des Hypothekengläubigers trotz des öffentlichen Glaubens die Einreden aus solchen Beschränkungen der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit des Autors, welche Folge persönlicher Eigenschaften desselben sind (Geisteskrankheit, Minderjährigkeit u. s. w.); auch diese Gruppe von Einreden wird ihm fortan durch § 1083 entzogen. Und in ungefähr gleicher Richtung mag vielleicht auch für das preußische Recht eine Schmälerung der Vertheidigungsbehelfe eintreten. Doch das sind durchwegs Einschränkungen, die nicht zu häufig praktisch werden. Hingegen muß § 1089 als eine höchst bedenkliche Erweiterung des Vertrauensprincips bezeichnet werden.

„Die Vorschriften der §§ 303—305 finden gegenüber dem Anspruche aus der Hypothek keine Anwendung."

Ein Hypothekengläubiger überträgt sein Recht zu einer Zeit, da die Schuld noch nicht getilgt war; die Hypothek bestand damals noch rechtmäßig. Nach dieser Hypothekenabtretung leistet der Grundbesitzer redlicher Weise dem früheren Hypothekar, den er noch für seinen Gläubiger hält und selbst nach dem Buche halten konnte, die Zahlung.

[16]) Hinsichtlich des Grundbuch- und Hypothekenwesens gelten auch in Altenburg, Reuß jüng. L. und Reuß ält. L. die meisten Bestimmungen des sächsischen Rechts.

Digitized by Google

Diese ist dem Cessionar gegenüber zufolge § 1089 unwirksam, denn — so folgert der Entwurf — der Cessionar hat im Vertrauen auf das Buch die Hypothek als bestehend erworben. Die Versagung der Einrede wirklich geleisteter Zahlung gehört zu jenen Begleiterscheinungen der Publicität, die man nur mit größtem Widerstreben hinnimmt. Soweit sie eine nothwendige Consequenz letzterer ist, muß das Eintauschen eines schwächlichen Entschädigungsanspruches über den Verlust dieser Einrede trösten. Aber wozu ohne Ursache weiter gehen, als unumgänglich nöthig? Der allgemeine Oeffentlichkeitsgrundsatz fordert nur, daß der Grundbesitzer den Anspruch, welcher den Kern einer zur Zeit der Uebertragung nicht gelöschten Hypothek bildet, als zu eben dieser Zeit bestehend gelten lassen müßte. Eine Rechtsvermuthung für das Fortbestehen des Anspruchs, für dessen Fortdauer nach vollzogenem Erwerb hat in den Erwägungen, mit welchen die Geltung des Publicitätsprincips erklärt zu werden pflegt, keine Basis. Das Risico des Grundbesitzers zu Gunsten desjenigen zu erhöhen, dem das Grundbuch Alles geleistet, was es soll, indem es ihm den Erwerb einer bestehenden Hypothek versicherte, dazu drängt doch wahrhaftig nichts. Und die nämliche einseitige Energie drückt sich in der Ordnung der Mittel aus, um die Einwendungen über den Wechsel des Gläubigersubjectes hinauszuheben. Welche Zurückhaltung, welche Sparsamkeit! Einestheils läßt der Entwurf zu diesem Zwecke nur die — den protestationes pro conservandis exceptionibus nachgebildete — Vormerkung zu, ein für den Laien ziemlich unhandliches Schutzmittel, welches viel zu viel Initiative voraussetzt, als daß man sich von demselben, zumal für den kleinen ländlichen Grundbesitz, viel versprechen dürfte.[17]) Und andererseits wird — einen einzigen Fall ausgenommen — die Erwirkung einer solchen Verwahrung dem Verpflichteten so sauer als möglich gemacht. Nur der Widerspruch gegen die Darlehenshypothek

---

[17]) Nach dem württembergischen Pfandgesetze (Art. 88) muß sich der neue Hypothekengläubiger nebst den bücherlich vorgemerkten Einreden gegen die Forderung auch noch alle diejenigen Einreden gefallen lassen, welche „vom Schuldner auf die Benachrichtigung von dem Vorhaben dieser Eintragung (sc. der Erwerbung der eingetragenen Forderung) gleichbald angezeigt werden". Dafür giebt der Entwurf keinen vollen Ersatz. Zwar schließt auch nach § 837 des Entwurfs (vgl. Motive III. S. 221) jede vor der Eintragung erlangte Kenntniß der entgegenstehenden Thatsachen u. s. w. die Publicitätswirkungen aus, aber der praktisch wichtige Unterschied besteht darin, daß es nach dem Entwurf rein zufällig ist, ob der Verpflichtete rechtzeitig genug von der beabsichtigten Eintragung erfährt, während ihm nach württembergischen Rechte durch entsprechende Verständigung seitens der Pfandbehörde zum Vorbringen, Anmelden solcher Einwendungen direct Gelegenheit geboten werden muß (Römer, a. a. O. S. 52).

Digitized by Google

(wegen nicht erfolgter Darleihung) wird über einfaches, unmittelbar an das Grundbuchsamt gestelltes Begehren (§ 1085, Absatz 2) eingetragen; jede andere Vormerkung muß früher vom (Proceß-) Richter bewilligt werden, und diese Bewilligung ist wieder durch die Bescheinigung der den Widerspruch rechtfertigenden Thatsachen bedingt (§ 845). Diese Cognition soll den Verpflichteten verhindern, durch Eintragung unbegründeter Widersprüche die Hypothek unveräußerlich zu machen, also insoweit zu entwerthen. Aber ist es gerecht, Sein oder Nichtsein der bestfundirten Einreden von einem solchen Wahrscheinlichkeitsbeweise und der Raschheit seiner Beibringung abhängig zu machen, oder von der Hartherzigkeit des gerade zur Beschlußfassung berufenen Richters? Das kann man begehren, wenn es Rechte *gewinnen* heißt, aber nicht, um einen unbegründeten Verlust aufzuhalten. Wenn dem Verpflichteten die Mittel zur Glaubhaftmachung im Augenblicke zufällig nicht zur Hand sind, da er von der Absicht des Gläubigers hört, die Hypothek an einen Dritten zu übertragen oder zu verpfänden, oder wenn der Hypothekengläubiger, von dem Antrag auf Eintragung einer Vormerkung unterrichtet, die Zeit bis zum Einlangen des gerichtlichen Ersuchens beim Grundbuchsamt[18]) zur Abtretung oder Verpfändung der Hypothek benützt, ist es da zu motiviren oder auch nur zu entschuldigen, daß der Verpflichtete nichtsdestoweniger im Verhältniß zum Erwerber der Hypothek seine Einreden verwirkt? Es würde mit der Strenge der materiellen Wirkungen der Oeffentlichkeit einigermaßen versöhnen, wenn die zur Erhaltung der Einreden bestimmten Veranstaltungen doch so beschaffen wären, daß wenigstens für den *vorsichtigen, sorgsamen Verpflichteten* die Möglichkeit eines grundlosen, weil nur formal begründeten Rechtsverlustes ganz und gar ausgeschlossen wäre. Der Entwurf verbürgt selbst das nicht schlechthin.

3. Während so ängstlich im Interesse des Hypothekars darüber gewacht wird, daß der Verpflichtete bei Wahrung seiner Rechte ungestüme, allzuweit ausholende Bewegungen unterlasse, wird gleichzeitig der Kreis der Erwerbsarten, welche dem späteren Hypothekengläubiger Anspruch auf die Unumstößlichkeit des Buchstandes geben, durch den Entwurf außerordentlich ausgedehnt. Der Publicitätsgrundsatz, welcher bisher mit wenigen Ausnahmen (Sachsen, Mecklenburg, Hamburg, Lübeck) bloß für den *entgeltlichen* Erwerb einer Hypothekenforderung in Betracht kam, soll fortan *jeden* rechtsgeschäftlichen oder im Wege der Zwangsvoll-

[18]) Nach § 801 C. P. O. wird der Richter der Entscheidung über den Antrag auf Vormerkung sogar eine mündliche Verhandlung vorausgehen lassen können.

Digitized by Google

ſtreckung ſtattfindenden Erwerb einer Hypothek oder eines Rechtes an derſelben ſchützen. Und ſtatt, wie es bis nun in Preußen, Bayern, Württemberg und anderen Staaten Rechtens war, die fahrläſſige Unkenntniß der gegen die Hypothek beſtehenden Einwendungen der wirklichen Kenntniß dieſer Einwendungen gleich zu behandeln, werden überdies durch den Entwurf dem Verpflichteten auch gegenüber jenem Gläubiger die Einreden entwunden, bei welchem die Unkenntniß der Nichtübereinſtimmung von Buch und Wirklichkeit ganz unentſchuldbar iſt. Dieſe beiden Ausdehnungen, welche in das Rechtsleben tiefe Furchen reißen werden, ſind ſchon von verſchiedenen Seiten getadelt worden.[19]) Allerdings wurde dabei inſofern zu weit gegangen, als dem Entwurf auch die Einbeziehung des executiven Erwerbes einer Hypothekenforderung zur Schuld angerechnet wurde, während doch dieſer Erwerb ſchon heute in Sachſen und Württemberg die Begünſtigungen der Publicität genießt; der gleichen Auffaſſung hat in Preußen ein Plenarbeſchluß des Obertribunals vom 7. Mai 1855 zur ſicheren Herrſchaft verholfen. Die vollſtreckungsweiſe Uebertragung dürfte im Gegentheil noch das Unverfänglichſte an dieſer Ausdehnung ſein, denn ſie iſt meiſt nur eine andere Art entgeltlicher Veräußerung. Findet der Hypothekar — wie man annimmt, — wegen der Publicität für ſeine Hypothek leichter einen Käufer, ſo wird derſelbe Umſtand bewirken, daß ſich Gläubiger des Hypothekars leichter entſchließen, die Hypothek zur Tilgung ihrer eigenen Forderungen an Zahlungsſtatt zu übernehmen. Der Hypothekar wird auf dieſe Art mit der Hypothek mehr von ſeinen Verbindlichkeiten abſtatten können, als wenn andere Gegenſtände ſeines Vermögens in Zwangsvollſtreckung gezogen worden wären. Was die durch die Oeffentlichkeit zu ſichernde Negociabilität dem Gläubiger leiſten ſoll (gute Verwerthbarkeit der Hypothek), das vermag ſie ihm alſo auch im Falle einer gegen ihn ſelbſt geführten Vollſtreckung zu leiſten; daher iſt es nicht ohne Logik, die Publicität auch hier walten zu laſſen. Der Einwurf, ein redlicher Gläubiger würde eine ohne materielles Recht beſtehende Hypothek nicht weiter veräußern, er könne jedoch die Zwangsvollſtreckung in eine ſolche Hypothek nicht hindern, verleugnet eine der Grundideen der modernen materiellen Publicität. Mittelbar im Intereſſe des Grundbeſitzers, ſoll ſie unmittelbar die Solvenz und den Credit des Hypothekargläubigers befördern; darum wird allenthalben hinſichtlich der Oeffentlichkeitswirkungen der Erwerb eines Pfandrechtes an der

---

[19]) Vgl. insbeſondere Dernburg, Verhandlungen des XX. Juriſtentages, IV. S. 243 ff.

Digitized by Google

Hypothek dem Erwerbe der Hypothek selbst gleichgestellt. Auf den von der Gesetzgebung bezweckten Schutz der Gläubiger des Hypothekars hat dann der Gläubiger mit vollstreckbarem Titel zum mindesten gleich gutes Anrecht wie diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche gegen den Hypothekar bisher noch Niemand geprüft hat.

Der Entwurf verwehrt ferner — um nichts für eine gerechte Abwägung Relevantes zu verschweigen — durch die Textirung des § 837 der falschen Lehre den Eingang, daß bei mehrmaliger Uebertragung der Hypothek der von einem der Erwerber erlangte Oeffentlichkeitsschutz zu Gunsten aller seiner Nachmänner — ohne Rücksicht auf deren Redlichkeit oder Unredlichkeit, auf die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit ihres Erwerbes — fortwirke, weil sie lediglich „in ein bereits vollkommenes Rechtsverhältniß" eintreten. Für Jeden, der nur einigermaßen auf die Ratio des Oeffentlichkeitsgrundsatzes zurückgeht, ist diese Ansicht unannehmbar. Dennoch wird ihr in manchen Territorien gehuldigt. Für diese Gebiete fallen denn auch, sobald einmal durch entgeltliches Rechtsgeschäft redlich erworben worden, die hier besprochenen Ausdehnungen des Entwurfs nicht mehr ins Gewicht. Trotz aller dieser Abzugsposten steckt jedoch in denselben noch immer Neues und Belastendes genug; und auch genug des juristisch wie wirthschaftlich Ungerechtfertigten. Wenn wenigstens die Erwägungen, aus welchen diese Einzelbestimmungen hervorgewachsen, zwingend wären, so daß man die Beruhigung hätte, diese einschneidenden Aenderungen seien das rechte Werkzeug großer Ziele! Die Unterscheidung zwischen Erwerb aus lästigem oder freigebigem Titel muß nach den Motiven (III S. 212) — das bezeichnen sie wenigstens als „durchschlagenden Grund" — aufgegeben werden, weil dem Verkehre der sichere Boden mangeln würde, wenn das vorschriftsmäßig errichtete und vollzogene Erwerbsgeschäft durch Leugnen der Entgeltlichkeit des Erwerbes in Frage gezogen werden könnte. Und die Behauptung, der Erwerber habe die Thatsachen gekannt, aus welchen sich die Unrichtigkeit des Buchinhaltes ergiebt? Kann sie denn nicht gerade so zu „frivolen und chicanösen Angriffen", zur „Störung des ruhigen Genusses des erworbenen Rechtes" verwendet werden, wie die Behauptung unentgeltlichen Erwerbes? Das Resultat ist deshalb: Der Grundbesitz hat für die Schadloshaltung der Bedachten aufzukommen, wenn sich der Hypothekar ungebührliche Schenkungen und letztwillige Vergabungen morscher Rechte gestattet, aber der Erwerb der Hypotheken ist ebenso wenig unantastbar, wie bisher. Das Ziel ist nicht erreicht, aber der Preis für dasselbe voll bezahlt! Und auf derselben Höhe steht die Erwägung, daß es für den Beschenkten unbillig wäre, wenn er seine wirthschaft-

Digitized by Google

liche Stellung der für ihn günstigeren Vermögenslage entsprechend gestaltet hätte, und nun dieselbe nachträglich wieder aufzugeben genöthigt wäre. Der Grundbesitz hat mit anderen Worten neben allen sonstigen Pflichten auch noch die, die Dauerhaftigkeit des Glücks oder der Folgen eines Glücksfalles zu gewährleisten — das freilich erklärt Alles!

4. Endlich überflügelt der Entwurf selbst das mecklenburgische und hamburgische Hypothekenrecht mit der Bestimmung, daß der Oeffentlichkeitsschutz auch dem bücherlich nicht eingetragenen Cessionar oder Pfandgläubiger zu Theil werde. Für den Grundbesitzer ist das insofern nicht gleichgültig, als er aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Mängel im Rechte eines nicht eingetragenen Vormannes dem späteren Erwerber der Hypothek, der von denselben nicht anderweitig weiß, nicht entgegensetzen kann (Motive III S. 617), und als ferner durch diese Bestimmung die im § 1089 gelegene Härte noch drückender wird. An sich ist eine vom Schuldner zu Handen des bisherigen Gläubigers vorgenommene Solution dem Cessionar gegenüber nur dann wirkungslos, wenn der Schuldner zur Zeit der Leistung von der geschehenen Abtretung bereits Kenntniß hatte. Und dasselbe gilt betreffs der Aufrechnung und aller anderen, Aufhebung oder Umänderung der Verbindlichkeit bezweckenden Geschäfte. In Ansehung von Hypothekarforderungen wird die Wirksamkeit dieser Acte, wie schon erwähnt, durch § 1089 erheblich eingeschränkt: sie gelten nur unter der Bedingung ihrer bücherlichen Sichtbarkeit oder der individuellen Kenntniß des Cessionars gegen diesen. Der Schuldner, der von der Uebertragung weiß, wird selbstverständlich nicht an den zahlen, der nicht mehr sein Gläubiger ist. Doch nur für den chirographarischen Verkehr macht der Entwurf die Wirksamkeit einer dem bisherigen Gläubiger geleisteten Zahlung von dieser natürlichen Voraussetzung einer Zahlung an denselben abhängig, — der Hypothekarschuldner muß sich selbst schützen. Dazu ist er nur im Stande, wenn die Cession ins Grundbuch eingetragen ist. Kann er über die Cession aus dem Grundbuch nichts erfahren, und ist sie ihm auch sonst nicht zur Kenntniß gelangt, so ist es unmotivirt, den Hypothekarschuldner für die Beschränktheit des menschlichen Wissens mit dem Doppelten des Schuldbetrages zu strafen. Nicht die Billigkeit, die Gerechtigkeit vielmehr fordert es, daß sich der Hypothekarschuldner unter solchen Umständen auch gegen die nicht eingetragenen Gläubiger auf die Solution u. s. w. berufen könne; in dieser Hinsicht muß auch der Hypothekarschuldner im Vertrauen auf den Buchinhalt handeln dürfen. Indem der Entwurf den eingetragenen und den nicht eingetragenen Er-

Digitized by Google

werber gegen die der Uebertragung nachfolgenden Handlungen und Verfügungen des früheren Gläubigers gleich schützt, verletzt er diese ganz unzweifelhafte Gerechtigkeitsforderung. Er überwälzt dem Verpflichteten die ganze Verantwortung für die genaue Kenntniß der jeweilig berechtigten Person, ohne daß es diesem möglich wäre, sich über die vorkommenden Personenveränderungen im Laufenden zu erhalten. Dem nicht eingetragenen Gläubiger darf nicht derselbe Oeffentlichkeitsschutz zu Theil werden, weil er sich selbst der Oeffentlichkeit vorenthält: dem Grundbesitzer die Vortheile der bücherlichen Publicität entziehend, begiebt auch er sich derselben — nur das ist gleiches Recht.

Diese flüchtige Umschau zeigt, wie mächtig im Entwurf die Superiorität des Grundbuchstandes emporwächst. Der bücherliche Eintrag wird nach dem Plane des Entwurfs die wirkliche Rechtslage weit stärker und öfter verdunkeln und verdrängen, als bisher nach irgend einem der Particularrechte. In allen Gebieten, Mecklenburg nicht ausgenommen, wird der Grundbesitz bei Anwendung der Vorschriften des Entwurfs durch die Hypothekenübertragung oder Verpfändung noch mehr gefährdet werden als heute,[20]) nirgends werden hingegen durch den Entwurf die Mittel zur Abwehr solcher Gefährdung bereichert oder verbessert — mit einem Worte eine Verdüsterung der Rechtslage des Grundbesitzes ohne die Wahrscheinlichkeit, daß derselbe wirthschaftlich durch diese neuerliche Anspannung der Formalnatur des Bucheintrags irgend etwas gewinne. Im Calcül der Hypothekarcredit-Anstalten hat der einer Hypothek durch die materielle Publicität verliehene Rechtskrafts- und Negociabilitätszuschuß nur eine geringe Bedeutung. Solche Anstalten gehen beim Abschluß der Creditverträge und bei der grundbücherlichen Durchführung derselben — mag es sich um Begründung oder Uebernahme

---

[20]) Um zu einem ungefähren Urtheil über die wirthschaftliche, finanzielle Bedeutung des Oeffentlichkeitsgrundsatzes zu gelangen, darf vielleicht eine Notiz aus der Heimath des Verfassers dieser Zeilen hier beigebracht werden. Gelegentlich der jüngst in Wien abgehaltenen Valuta-Enquête wurde von einem mit den Hypothekarcreditverhältnissen sehr vertrauten Experten die Ansicht ausgesprochen, daß der in den Grundbüchern in Oesterreich ausgewiesene Hypothekarstand von 3200 Millionen Gulden wegen der in sehr zahlreichen Fällen nicht vorgenommenen Löschung bezahlter Schulden effectiv sich mindestens um ein Drittel niedriger stelle. Wiener N. Fr. Pr. vom 17. März 1892, S. 9. Die Publicität hat also, insofern sie die Berufung auf die geleistete Zahlung im Verhältniß zum dritten Gläubiger ausschließt, die Wirkung, die Verschuldung des Grundbesitzers in dem angegebenen Maße zu erhöhen. Das will natürlich hier — wie nochmals bemerkt wird — nur als Bild einer Eventualität hingestellt sein.

Digitized by Google

einer Hypothek handeln — mit größter Sachkenntniß und Genauigkeit vor und sichern sich dadurch eine auch materiell vollwirksame und unanfechtbare Hypothek; ebensowenig ist ihre Absicht darauf gerichtet, nicht mehr oder nur mehr halb zu Recht bestehende Hypotheken gewerbsmäßig als vollgültig zu veräußern. Diese Anstalten geben für die etwaige Nachsicht des Rechts gewiß nicht viel. Der von Privatpersonen gewährte Credit wird aber gleichfalls nicht durch die Verstärkung der Publicitätswirkungen erheblich billiger werden; denn die Bedingungen dieses Credits werden durch die Bedingungen des Anstaltscredits, durch die Anlagegelegenheiten, welche der Capitalmarkt bietet, den marktüblichen Zinsfuß u. s. f., nur zum allergeringsten Theile aber individuell, vom einzelnen Gläubiger bestimmt. Wer sein Geld in guten, jederzeit verkäuflichen Schuldverschreibungen mit $3\frac{1}{2}\%$ Verzinsung anlegen kann, der wird es begreiflicherweise sehr kühl ablehnen, für die weit geringere Verkäuflichkeit der Hypothek $\frac{1}{4}$ oder $\frac{1}{2}\%$ des ihm sonst sicheren Zinses herzugeben. Der Hypothekarschuldner muß sich so oder so zum mindesten zum marktüblichen Zinsfuß verstehen; für die Steigerung der materiellen Publicität giebt ihm auch der einzelne Gläubiger nichts. Darum ist es fast fraglich, ob der Entwurf bei der Umgestaltung, welcher er das so verschiedenartige particulare Recht der publica fides unterziehen mußte, genug tief gegriffen hat. Eine Revision der Lehre vom materiellen Oeffentlichkeitsprincip wäre vielleicht in Ansehung des Hypothekenwesens gar nicht so unzeitgemäß gewesen; auf Grundlage des klar und wahr erschauten heutigen Realcreditverkehrs durchgeführt, müßte sie höchst merkwürdige Ergebnisse haben.

Auf dem geschilderten Hintergrunde soll nun der Hypothekenbrief sein das Capital anlockendes Spiel entfalten. Das für den Hypotheken- (Grundschuld-) Brief des Entwurfs Charakteristische ist: er ist Dispositionsurkunde, die Uebergabe des mit der schriftlichen Abtretungserklärung versehenen Briefes äußert unmittelbare dingliche Wirkung in Bezug auf die in der Urkunde bezeichnete Hypothek. Deren Uebertragung ist ohne bücherliche Umschreibung mit der Tradition des Papiers vollendet. Damit bekennt sich der Entwurf zum bisherigen Rechte Preußens, Mecklenburgs und derjenigen Gebiete, für deren Gesetzgebungen das geltende preußische E.E.G. und die preußische Grundbuchsordnung Muster waren. In den übrigen Bundesstaaten ist die unter verschiedenen Namen vorkommende Hypothekenurkunde bloß Beweisdokument, bestenfalls, man könnte sagen: Präsentationspapier, insofern nämlich behufs Erwirkung gewisser grundbücherlicher Acte die Beibringung und

Digitized by Google

Vorzeigung der Hypothekenurkunde nöthig ist (z. B. Württemberg, Hessen, Anhalt). Damit kreuzt sich noch eine andere Unterscheidung. In Bayern und Württemberg ist trotz des Mangels einer dispositiven Hypothekenurkunde die Hypothekenabtretung auch ohne bücherliche Eintragung gültig und wirksam. Doch das ist im Vergleich zu dem, wie sich der Entwurf den außerbücherlichen Hypothekenverkehr denkt, die Freiheit des Vogels, den man mit einem Faden gefesselt herumflattern läßt. Denn ungeachtet jenes principiellen Zugeständnisses verschafft nur die bücherliche Eintragung des Hypothekenüberganges dem neuen Gläubiger den vollen Schutz der Publicität gegenüber Schuldner und Dritten,[21]) und ebenso soll nur der eingetragene Gläubiger vor dem Hypothekenamte über die Hypothek verfügen können, so daß bei mehrfacher außerbücherlicher Uebertragung der spätere Gläubiger zur Eintragung immer auch noch die Zustimmung des letzten eingetragenen Hypothekars braucht.[22]) Den hiervon weit abweichenden Standpunkt des Entwurfs markiren die Sätze: Zur bücherlichen Disposition über die Hypothek ist jeder durch den vorgelegten Hypothekenbrief legitimirte Gläubiger berechtigt (§§ 1114 und 1117), und: In Bezug auf das materielle Oeffentlichkeitsprincip besteht zwischen den Bucheintragungen und den auf Hypotheken- (Grundschuld-) Briefen vorkommenden Uebertragungserklärungen und sonstigen Vermerken keine Verschiedenheit (§ 1116). Noch unvorbereiteter für die vom Entwurf geplante Gleichstellung von buch- und briefmäßiger Uebertragung sind natürlich die Gebiete, in welchen ein Hypothekenrecht nur durch Umschreibung im Grund- oder Hypothekenbuch auf einen Dritten vollgültig übergeht (so Sachsen, Nassau, Hessen, Schwarzburg-Rudolstadt, Weimar, Anhalt, Meiningen, Hamburg, Lübeck, Bremen). Für die Gläubiger wird es nun freilich keine Schwierigkeiten haben, sich in den neuen Verhältnissen zurecht zu finden, denn neue Pflichten werden ihnen nicht auferlegt. Das anfängliche Mißtrauen gegen die Uebertragung durch den Brief wird sich nach und nach verlieren, und namentlich, wo gegenwärtig bei Eintragungen oder Umschreibungen eine Vorverhandlung vor der Hypothekenbehörde stattfinden muß, werden die Gläubiger die durch den Entwurf gebotenen Erleichterungen und Vereinfachungen rasch empfinden und dafür dankbar sein. Weniger Veranlassung zu Freude und Dank dürften hingegen die Verpflichteten, der Grundbesitz haben. Man wird dabei in erster Linie an die Länder außerhalb Mecklenburgs

[21]) Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht, S. 431. — Württembergisches Pfandgesetz Art. 85.

[22]) Regelsberger a. a. O.

Digitized by Google

und des Geltungsgebietes des preußischen Grundbuchs- und Hypothekenrechts denken; doch wegen der früher dargelegten Steigerung der materiellen Publicität bedeutet die unbedingte Zulassung briefmäßiger Uebertragung für den gesammten deutschen Grundbesitz eine reformatio in peius.

Denn selbstverständlich werden bei Freigebung der außerbücherlichen Abtretung die Schatten tiefer, die vom Publicitätsprincipe her auf die Position des Grundbesitzers fallen. Diese wird noch prekärer. Je öfter sich die Person des Gläubigers ändert — und den Hypothekenverkehr anzuregen, den Hypothekenumsatz zu vervielfältigen, das wird durch die Verwandlung der Hypothekenscheine in Dispositionsurkunden gerade beabsichtigt —, um so weniger sind dem Grundbesitzer seine wohlerworbenen Einwendungen gegen den Anspruch aus der Hypothek sicher. Er hat sie gewissermaßen immer nur von heute auf morgen: heute voll gedeckt, morgen rechtlos, weil er einen des bisher Geschehenen unkundigen Gläubiger hat. Und diese steten Erschütterungen treffen den Lebensnerv der wirthschaftlichen Existenz des Eigenthümers; er muß stets um *seinen Grundbesitz* bangen, jede neue Abtretung der Hypothek rollt für ihn ein neues Problem auf. Selbst das Sicherungsmittel der Vormerkung fehlt hier oder ist doch von zweifelhaftester Anwendbarkeit. Der Entwurf giebt einerseits dem Grundbesitzer kein leicht durchsetzbares, wirksames *Recht* auf Anmerkung gewisser Vorkommnisse im Hypothekenbriefe, und andererseits ist es fraglich, *ob die Vormerkung eines Widerspruchs im Grundbuche dann bewilligt werden wird, wenn derjenige, gegen dessen Recht sie sich richten soll, im Buche bisher gar nicht als Gläubiger eingetragen ist.* Den Nachweis des Forderungsüberganges im Sinne des § 1114 wird *der Verpflichtete* in der Regel dem Gerichte nicht erbringen können, die Vormerkung gegen den letzteingetragenen Hypothekar zu erwirken, dazu fehlt ihm aber die Legitimation, wenn der Widerspruch lediglich in den Verfügungen eines späteren Hypothekenbrief-Gläubigers oder in Handlungen seine Rechtfertigung findet, die diesem späteren Briefhypothekar gegenüber vorgenommen worden sind. Daß dieses durch die Briefübertragung noch beförderte Entziehen der Einwendungen wirthschaftlich als Creditvertheuerung wirke, wurde schon bemerkt.

Die angedeutete Beunruhigung des Grundbesitzes ist aber nicht erst die Folge der wiederholten wirklichen Cession der Hypothek, sie ist vielmehr schon mit der Bildung und Uebergabe des zur Circulation bestimmten Briefes heraufbeschworen, mag es dann thatsächlich zu mehr oder weniger Uebertragungen der Hypothek kommen. Wer sich z. B. bei

Digitized by Google

einer fester an den Gläubiger gebundenen Hypothek auf halbjährige Kündigung einlassen konnte, weil ihm die Persönlichkeit des Creditgebers mit voller Gewißheit anzunehmen gestattete, daß eine Kündigung nicht so bald erfolgen werde, muß vorsichtiger sein, wenn die Person des Gläubigers so überaus leicht variabel ist. Schon bei Aufnahme des Darlehens muß da bedacht werden, daß weniger capitalkräftige Gläubiger nachkommen, die das Geld nicht stehen lassen wollen. Was früher die Person des Gläubigers verbürgte, das kann nun nur durch Vereinbarung eines späteren Rückzahlungstermines erreicht werden. D. h. abermaliges Anziehen des Creditpreises, denn dafür, daß er für längere Zeit auf die Darlehensrückzahlung verzichtet, muß dem Gläubiger ein Aequivalent geboten werden. — Der Hypothekargläubiger soll ferner nach dem Entwurf — wohl gemerkt: ohne Zustimmung des Grundbesitzers — Theilhypothekenbriefe bilden können (§ 1122). Der Entwurf setzt der Theilbarkeit keine Grenzen; der Hypothekengläubiger wird die Briefe um so leichter an den Mann bringen, auf je geringere Beträge sie lauten, dem Grundbesitzer aber ist keine Handhabe zur Wahrung seines Interesses bei einer solchen Theilung gegeben. Der erste Nachtheil einer solchen, nach Belieben des Gläubigers zerlegbaren Hypothek ist schon der, daß sich der Gläubiger unter dieser Voraussetzung nur selten zur Bewilligung eines langsam amortisirbaren Darlehens herbeilassen wird. Er würde dadurch die Verkehrsfähigkeit der Theilhypothekenbriefe außerordentlich schwächen. Dazu kommt noch Folgendes: In je kleinere Bruchtheile die Forderung zersplittert wird, desto größer die Wahrscheinlichkeit einer theilweisen Rückforderung, Kündigung, desto schwieriger für den Grundbesitzer, auch nur für sich selbst einen geordneten Tilgungsplan zu entwerfen und sich darnach bei seinen Dispositionen zu halten, desto größer endlich die Gefahr, daß solche Briefe in die Hände „jener Sippe hausirender Leihgewerbler kommen, welche auf die Creditnöthe von Landleuten Jagd machen".[23]) Braucht es einer eingehenden Darlegung der Summe von Umtrieben und Störungen, die bei stärkerer Verschuldung des Grundbesitzes mit allem dem verbunden ist? Namentlich der landwirthschaftliche Besitz hat vor diesen Möglichkeiten zu bangen; für die ruhige, wirthschaftliche, dem allmählichen Reproduciren des dargeliehenen Capitals gewidmete Arbeit ist eine weniger schwüle Atmosphäre zu wünschen. Mit dem in den Motiven (III. S. 599) zugegebenen Bedürfnisse des Realcredits, daß ihm große Summen auf lange Zeit zur Verfügung gestellt würden, ist die unbeschränkte Theilbarkeit und die übertriebene

[23]) Knies, Der Credit II. S. 372.

Digitized by Google

Verselbständigung der einzelnen Theile durch Ausfertigung selbständig umlaufender Hypothekenbriefe keinesfalls zu vereinen.

Dann der Zwiespalt zwischen der Vitalfunction des Hypothekenbriefes und dem Eintragungsgrundsatze, den die Motive (III. S. 615) vornehm mit der Bemerkung abthun, die Abschwächung des Eintragungsgrundsatzes durch den Hypothekenbrief sei „nur von theoretischem Belange". So mag sprechen, wem der Eintragungszwang selbst nichts weiter als ein theoretisches Postulat ist, jene überlegene Ablehnung wird aber niemanden darin beirren dürfen, sich den Fall doch auch nach dieser Richtung anzusehen. An einem alltäglichen Vorgang soll die Probe gemacht werden. Jemand wünscht für eine industrielle Unternehmung eine Realität zu erwerben. Er findet eine ihm passende Liegenschaft; dieselbe ist mit mehreren Hypotheken belastet. Ueber den Kaufpreis könnte man sich einigen, der Grundbesitzer hätte alle Ursache, das Geschäft als ein günstiges zu betrachten; aber die für den Käufer wichtige Frage ist, wie lange die Hypothekargläubiger ihr Geld auf der Realität belassen werden, denn die übrigen nothwendigen Investitionen nehmen seine Geldmittel so in Anspruch, daß er bei der Verpflichtung zur Baarzahlung des ganzen Kaufpreises oder des größeren Theiles desselben an den Kauf nicht denken könnte. Um darüber Gewißheit zu erlangen, genügt es, sich mit einer Erkundigung an die Gläubiger zu wenden. Das ist eine Kleinigkeit, wenn die Hypothek eine Buchhypothek ist, unter Umständen eine Unmöglichkeit, wenn sie mittels Briefes übertragbar ist. Und hierin liegt die praktische Bedeutung der Abschwächung des Eintragungsgrundsatzes: eventuelle Erschwerung der Verkäuflichkeit oder Belehnbarkeit eines Grundbesitzes. Die für die Beurtheilung der Verhältnisse einer Realität, für die Entschließungen eines Liegenschaftskäufers, bei geplanten Belehnungen u. s. w. häufig so wichtige Frage, wer Gläubiger sei, welche Person gegenwärtig über die Hypothek zu verfügen habe, was in Hinsicht der Geltendmachung der Hypothek von ihr zu erwarten sei, diese Frage ist dann nicht mehr aus dem Grundbuche zu beantworten, und das ist überall, wo es auf das individuelle Moment ankommt, nachtheilig. Damit verlieren zugleich alle übrigen Eintragungen an Wert und die ganze Institution des Eintragungszwanges an Schlüssigkeit und praktischem Nutzen.

Man sagt, wenn die Hypothek in Folge des Briefes und aller anderen Begünstigungen recht beweglich sei, hätte trotz allem der Grundbesitzer den meisten Gewinn davon, weil dadurch in vielen Fällen die Zwangsversteigerung des verpfändeten Gutes vermieden werde. Statt den Anspruch aus der Hypothek im Wege der Vollstreckung beizutreiben,

Digitized by Google

werde dann der Gläubiger regelmäßig bei Geldbedarf seine Hypothek durch Briefbegebung realisiren. Der Vortheil wäre allerdings ein Opfer werth. Ist er jedoch dem Grundbesitzer irgendwie sicher? Es handelt sich doch nur um ein Gläubigerprivileg. Wie es hindern, daß nachdem der Grundbesitz alle Bitternisse der Briefhypothek ausgekostet, einer der Gläubiger auf der gerichtlichen Beitreibung des Hypothekenanspruchs beharrt? Gerade der marktgängige Hypothekenbrief, der auf eine geringe Summe gestellte Theilhypothekenbrief, gelangt noch leichter in den Besitz von Speculanten, denen nichts an der Schonung des Grundbesitzers, dagegen alles am Profit beim Zwangsverkaufe gelegen ist; es sollen sich da ja recht einträgliche Geschäfte machen lassen. An Leuten, die solch' „goldene Rücksichtslosigkeiten" wagen, wird es unter den Briefkäufern nie fehlen. Solange daher nicht von Gesetzeswegen die Möglichkeit ausgeschlossen ist, die Vortheile der gegen Einreden in so weitem Umfange geschützten, außerbücherlich übertragbaren Hypothek mit dem weiteren Rechte beliebiger executionsweiser Geltendmachung der Hypothek zu cumuliren, so lange endet die Rechnung zu Ungunsten des Grundbesitzes.

Alles Bisherige heißt der Ueberzeugung Ausdruck geben: die leicht bewegliche, mittels Briefübertragung circulirende Hypothek ist an sich für den auf Ausnützung des Realcredits gewiesenen Grundbesitz eine schwere Last. Aber diese und noch dazu das Publicitätsprincip in der vom Entwurf angenommenen Ausdehnung, das kann der Grundbesitz kaum ertragen. Man muß doch jene großen Theile des Deutschen Reiches berücksichtigen, für welche das Vertrauensprincip in der ihm vom Entwurf verliehenen Strenge und zugleich die dispositive Hypothekenurkunde Neuerungen sind. Unter dieser Doppellast könnte der an leichtere Creditbedingungen gewöhnte Grundbesitz zusammenbrechen. Hier steht die Gesetzgebung vor einem Entweder — Oder. Wohin sie sich zu wenden hat, darüber scheinen nicht zu fern liegende Betrachtungen hinreichend Aufklärung zu geben.

Einem Glauben anhangend, den viele überzeugt und noch mehr auf fremde Autorität hin theilen, sieht der Entwurf alles Heil des Immobilarpfandcredits in der Marktgängigkeit der Individualhypothek. Je seltener es geschieht, um so nöthiger scheint es, an dieses Marktideal einmal die Sonde anzulegen. Wäre es auch nur, um jenes Unbehagen los zu werden, das zum Schlagwort gewordene Urtheile und Forderungen fürs erste immer erregen; das Schlagwort ist ja zumeist ein der Wahrheit nachhinkender Bote, die Wahrheit von gestern. Zur Marktwaare, zum

Digitized by Google

Marktgut — Marktgängigkeit im streng technischen Sinne verstanden — dürften an sich wenige Dinge so geringe Eignung besitzen, als die Hypothek des Entwurfs. Zwar bestand in Mecklenburg und Neuvorpommern noch zu Ende der sechziger Jahre — ob auch heute, ist dem Schreiber dieser Blätter unbekannt — eine Art Hypothekenmarkt[24]), der in mehreren mecklenburgischen Städten (Rostock, Schwerin und Güstrow) zu Antoni jedes Jahres, in Neuvorpommern aber (Stralsund und Greifswald) zu Petri und Johannes abgehalten wurde. Capitalisten und Grundeigenthümer trafen sich da zum Abschlusse von Darlehnsgeschäften; die Abwicklung derselben erfolgte vorwiegend durch Umschreibung von Hypotheken, und diese fungirten hier also in der That als Handelsgegenstand. Aber daraus kann nicht sofort ins Große argumentirt werden, denn diese Einrichtung wurde durch eine Vereinigung ganz besonderer Umstände getragen. Der Kreis der zu belehnenden oder belehnten Liegenschaften war ein territorial geschlossener von nicht allzu weitem Umfange. Innerhalb dieses Kreises läßt die Gleichmäßigkeit der klimatischen und die geringe Verschiedenheit der Bodenverhältnisse wesentliche Unterschiede in der Organisation des landwirthschaftlichen Betriebes, in den Betriebssystemen nicht aufkommen, was eine gewisse Offenkundigkeit der für die Liegenschaftsbewerthung maßgebendsten Daten begründet. Zumal für das im Lande ansässige, auf hypothekarische Anlage rechnende Capital — und auch in dieser Hinsicht war jener Hypothekenmarkt localer Natur, nicht Messe. Die Vortheile der Begrenztheit äußern sich ferner noch betreffs der Beurtheilung der Person des Grundbesitzers. Für den mit Land und Leuten Vertrauten — und einige Vertrautheit konnte man sich unschwer erwerben; die eigenthümlichen socialen Verhältnisse Mecklenburgs, die bei dieser Frage auch mitspielen, erleichterten dies gar sehr —, für den Ortskundigen ersetzte da allerdings die Einsicht in den Hypothekenschein alle sonst nothwendigen weitläufigen Realerhebungen. Aus den knappen Angaben des Hypothekenscheins informirt er sich vermöge seiner Orts- und Personenkenntniß über alles für den Belehnungsentschluß Maßgebende so rasch und vollständig, daß das Geschäft gleich am Markte abgeschlossen werden konnte. Dann bestanden in Mecklenburg für die Fälligkeit der Hypothekencapitalien und für die Zinsenzahlung gesetzliche Umschlagstermine (zwei in jedem Jahre), wodurch in Verbindung mit der gesetzlichen Fixirung der eintragsfähigen Hypothekarzinsen (5 %) wichtige Individualisirungsmomente beseitigt, eine gewisse Vertretbarkeit der Hypothekenansprüche herbeigeführt und

[24]) Mascher, Deutsches Grundbuch- und Hypothekenwesen S. 349.

Digitized by Google

eine Vorbedingung der periodischen Concentration von Angebot und Nachfrage geschaffen wurde. Dazu kam endlich die Thatsache einer aus althergebrachter Uebung entsprungenen Marktorganisation, welche durch die Sicherung regelmäßig vorausbestimmbarer Umsatzgelegenheiten Hypothekengläubiger und Capitalisten des mühseligen und zeitraubenden Ausforschens von Kauflustigen oder zur Abgabe von Hypotheken bereiten Personen enthob und für das Vorhandensein einer großen Auswahl von Hypotheken und Uebernahmanboten sorgte. Die Homogenität der Hypothekenansprüche, die erleichterte Prüfung der dargebotenen Sicherheit begünstigte den Hypothekenumsatz; zum marktgängigen Gut wurde sie erst durch die örtliche und zeitliche Zusammenfassung der Uebertragungsgeschäfte. Die mecklenburgische Hypothek war auch außerbücherlich übertragbar, aber das war nicht die Ursache ihrer Marktgängigkeit. In der Annahme einer fictiven Causalität und in dem völligen Uebersehen der wahren, materiellen Ursache der Marktgängigkeit besteht der Irrthum derer, welche die Briefhypothek des Entwurfs als die „marktgängige Hypothek" begrüßen. Sie folgern rein formal: weil die briefmäßig übertragbare mecklenburgische Hypothek marktgängig war, wird die Hypothek durch die Gestattung außerbücherlicher Uebertragung Marktgängigkeit erlangen. Daß dies nicht eintreten wird und warum, das zeigt eben das Beispiel des mecklenburgischen Hypothekenmarktes; der Entwurf kann auf keine einzige der Voraussetzungen zählen, durch deren Zusammenwirken die Hypothek dort handelbar wurde. Darlehnsgläubiger und Grundbesitzer können nach dem Entwurf in Ansehung der Verzinsung der Hypothekenschuld, der Fälligkeit, Zins- und Rückzahlungsmodalitäten u. s. w. vereinbaren, was sie wollen. Vom Entwurf wird eine gesetzliche Regelung dieser Punkte abgelehnt, und allem Anschein nach mit Recht. Dann darf man sich jedoch auch gegen die Consequenzen nicht auflehnen. Jeder Hypothekenanspruch wird genau der Person des ersten Gläubigers, dessen Vermögenslage und wirthschaftlichem Vorhaben angepaßt, insofern höchst persönlich gestaltet sein. Damit schafft man keine couranten Artikel. Die Hypothek des Entwurfs hat vielmehr dieser Vertragsfreiheit halber, mittels deren sich stets das Concrete hervordrängen wird, die größte Aehnlichkeit mit den sog. individualisirten Industrieerzeugnissen, ist ihrem Wesen nach so wenig Marktwaare wie letztere.[25]) Doch sollten das die Verfasser des Entwurfs nicht ebensogut

[25]) Wie die Motive (III. S. 644) mittheilen, hat die Commission des preußischen Herrenhauses den im Gesetzentwurf über den Eigenthumserwerb enthalten gewesenen Vorschlag, für den Hypothekenverkehr gesetzliche Zahlungstermine zu bestimmen, seinerzeit auch mit Rücksicht auf die Tendenz des Entwurfs abgelehnt, dem

Digitized by Google

eingesehen haben? Wenn sie es dennoch unterließen, für die innere Marktfähigkeit der Hypothek u. s. w. vorzusorgen und sich mit einer dem Marktverkehr abgelauschten Aeußerlichkeit, mit der Verringerung der Förmlichkeiten bei der Hypothekenübertragung begnügten, dann war es ihnen wohl gar nicht um eigentliche Marktgängigkeit im technischen Sinne, sondern lediglich um Steigerung der Verkehrsfähigkeit der Hypothek zu thun. Welche Berechtigung hat dieses Ziel?

„Der Verkehr lehnt sich mit Vorliebe an den Hypothekenbrief an und gewinnt hierdurch eine Beweglichkeit, welche auf die Neigung der Capitalisten, dem Realcreditbedürfniß entgegenzukommen, aufs Günstigste einwirkt" (Motive III S. 615). Das klingt recht glaubhaft und wird um so eher geglaubt, als es dem Grundbesitz eine freundliche Perspective eröffnet. Doch hierin ist man nicht auf Conjecturen angewiesen; der Gegensatz von heute und künftig ist in dem Gegensatze der Territorien mit verkehrsfähiger (brieflich übertragbarer) und nicht verkehrsfähiger Hypothek bereits verkörpert. In

---

Geldverkehre einen möglichst weiten Markt zu sichern. Von der Erkenntniß, daß die Umschlagstermine eigentlich den Schlüssel zur Frage der marktgängigen Hypothek bilden, findet sich in den Motiven kaum eine Spur. Es ist jedoch vielleicht nicht überflüssig, zur Ergänzung des oben Gesagten auf das Verkehrte der Auffassung hinzuweisen, daß die Marktgängigkeit der Hypothek in gleicher Proportion mit der Ausdehnung des Umlaufsgebietes zunehme. Hypotheken auf Häuser in Königsberg z. B. werden in Dresden oder München nur höchst ausnahmsweise gehandelt werden. Ihre Marktgängigkeit wird sich — alle sonstigen Erfordernisse derselben vorausgesetzt — stets auf eine um das Pfandgut herumgelegene Zone von nicht allzu großem Durchmesser beschränken. Aus zwei Gründen: Einmal weil, wie erwähnt, niemand die Hypothek unmittelbar am Markt erwerben wird, dem alle das Ausmaß der Pfandsicherheit beeinflussenden Verhältnisse ganz unbekannt sind, weil also der Hypothekenbrief nur so weit das Fundament des Verkehrs bilden kann, als eine entsprechende Localkenntniß des Lesers seine Notizen belebt und färbt. Und dann wegen der Ueberwachung der Hypothek. Bei Anstalten, die in verschiedenen Gegenden ihre Vertretung haben, ist das anders; der einzelne Privatcapitalist aber vermag nur dann der Sicherheit der Hypothek gefährliche Verschlechterungen des Grundstücks u. s. w. abzuwehren, wenn er sich leicht und häufig über den Zustand des ihm verpfändeten Objects orientiren kann. Deshalb kann er in der Regel nur auf Liegenschaften leihen, die von seinem Wohnsitz nicht zu weit entfernt sind. Wollte man die Idee der marktgängigen Hypothek verwirklichen, so müßte sonach — von der nothwendigen inhaltlichen Unificirung der Hypothekenansprüche abgesehen — vor allem über das ganze Reich ein Netz von Lokalmärkten gespannt werden. Je weiter in die Fremde die Hypothek wandern muß, um einen Abnehmer zu finden, einen desto geringeren Werth repräsentirt sie. Der Gedanke eines womöglich das Reich umfassenden Hypothekenmarktes ist — in Bezug auf die Individualhypothek gedacht — ein durchaus irriger.

Digitized by Google

diesen beiden Gebietsgruppen sind nun aber — soweit dies zu übersehen — die Hypothekarcreditverhältnisse *wesentlich die nämlichen*; hinsichtlich des Zinsfußes, der Leichtigkeit oder Schwierigkeit, ein Capital gegen Bodensicherheit zu empfangen, hinsichtlich der Zahl der Zwangsvollstreckungen ist die Lage des Grundbesitzes im Norden keine günstigere, als im südlichen Deutschland. Verkehrsfähigkeit, Hypothekenbrief und außerbücherliche Uebertragung scheinen hiernach das Capital sehr kalt zu lassen; der Grundbesitz wenigstens zieht aus dem Bestande dieser Institutionen nennenswerthe, wäg- und meßbare, klingende Vortheile nicht. Warum es so ist, dafür fehlt keineswegs die Erklärung. Von der stärkeren Anziehung des Capitals ein Herabgehen des *Zinsfußes* zu erwarten, wäre begründet, wenn sich der Zins des Hypothekarcredits in *völliger Abgeschiedenheit vom sonstigen Ausgebote von Capitalnutzungen, nur nach dem Umfange*, in welchem sich das Capital *zur hypothekarischen Investirung* anbietet, bestimmen würde. Das ist nun schon lange nicht mehr der Fall. Dem Grundbesitz sind in den zahlreichen Anlagepapieren und den sonstigen durch Handel, Industrie, Bankwesen u. s. f. gegebenen Verzinsungsgelegenheiten bekanntlich Rivalen entstanden, welche das Capital durch gewisse, ihnen specifische Vortheile vom Grundbesitze mächtig ablenken. Letzterer muß behufs Erlangung der nöthigen Capitalnutzung mit diesen Factoren in Concurrenz treten, muß deshalb *zum mindesten* denselben Preis für die Ueberlassung des Capitals bieten, wie jene, d. h. er muß sich *zum mindesten*, wie schon bemerkt, zum marktüblichen Zinsfuß verstehen. Ein oder das andere, auf besonderen persönlichen Beziehungen oder Wünschen ruhende Creditgeschäft kann immerhin dem Grundbesitzer billigeren Credit bringen, aber im Ganzen und auf die Dauer wird sich der Hypothekarzinsfuß nicht *unter dem marktüblichen Zins halten* können. Daß aber bei Bestimmung des marktüblichen Zinsfußes alle anderen Momente *vor* den hypothekenrechtlichen Einrichtungen des Landes (Wagniß-Prämie) in Betracht kommen, ist gleichfalls bekannt. Durch die Beschleunigung der Umlaufsgeschwindigkeit einer Hypothek die Ausgleichungstendenz des Zinses beirren zu wollen, gliche dem Beginnen jenes Königs, der, erzürnt über seine Niederlage, das Meer peitschen ließ. Im günstigsten Falle ist der Hypothekenbrief ein minderwerthiges Surrogat eines Inhaberpapieres und hebt den Grundbesitz sonach auf die unterste Stufe der durch Handel und Gewerbe gebotenen Anlagegelegenheiten (Mobilarcredit) empor; günstigsten Falles könnte also die Wirkung des Hypothekenbriefes nur die sein, den Grundbesitz eben *unter die Herrschaft des mittleren, marktüblichen Zinsfußes* zu

Digitized by Google

stellen, der für den nicht hypothekarischen Credit unzweifelhaft gilt. Gleiches ergiebt die Urgirung des Veräußerungsgesichtspunktes. Der Gläubiger kann bei der Creditirung nicht der leichteren Begebbarkeit der Hypothek wegen eine unter dem marktüblichen Zinsfuße bleibende Verzinsung zugestehen; denn denkt er daran, die Umlaufsfähigkeit durch thatsächliche Veräußerung der Hypothek auszunützen, so würde er für den nicht einmal den marktüblichen Zins zusichernden Hypothekenbrief nie einen Käufer finden. Gerade die Absicht, die Hypothek in Circulation zu setzen, heißt ihn vielmehr die Hypothek nur gegen höheren als den mittleren Leihzinsfuß bewilligen, weil er dadurch dem Hypothekenbrief im Vergleich zu anderen Effecten einen besonderen, die Verkäuflichkeit begünstigenden Anreiz giebt.

Ebenso erklärlich ist die geringe Wechselwirkung zwischen dem Grade der Verkehrsfähigkeit und der Bereitwilligkeit des Capitals zu Hypothekardarlehen. Eine Creditnoth in dem Sinne eines Capitalmangels besteht gegenwärtig nicht; Anlage suchende Capitalien, die sich unter normalen Bedingungen auch dem Grundbesitze gerne überlassen, sind in genügender Menge vorhanden. Wenn zumal der Landwirth dennoch bisweilen vergeblich Credit sucht, so soll das — falls man den Aeußerungen sachkundiger Beurtheiler folgen darf — auf der Creditunfähigkeit des Grundbesitzes, auf der Ueberschuldung des Bodens beruhen. Jenseits der sicheren Beleihungsgrenze wird der Capitalist, der nichts als Anlage zum gewöhnlichen Zins begehrt, sein Geld nicht leicht placiren; die Beleihungsgrenze aber ist — wie vielfach angenommen wird — bei dem des Credits bedürftigen Grundbesitz erreicht. Das Capital bedarf keiner künstlichen Anlockungen, aber die mangelnde Deckung schreckt es wieder zurück. Das Mittel des Hypothekenbriefs verfängt hier natürlich gleichfalls nicht. Eine Hypothek von zweifelhafter Sicherheit wird mit und ohne bücherliche Umschreibung schwer einen Abnehmer finden, wie umgekehrt der Umweg durch das Grundbuch Niemanden, der Anlage sucht, abhalten wird, eine gute Hypothek zu erwerben. — Die Zahl der zwangsweisen Hypothekeneintreibungen endlich wird von der Frage der Verkehrsfähigkeit deshalb wenig berührt, weil das, was der Gläubiger durch die erleichterte Begebbarkeit erreichen kann, noch sicherer durch den Verpflichteten selbst herbeigeführt werden kann, indem er sich bei Kündigung des Hypothekencapitals um ein neues Darlehen in gleicher Höhe umsieht. Wenn die Hypothek eine gute ist, wird er dasselbe meistens auch ohne viel Schwierigkeiten erhalten. Wo sich der Verpflichtete so selbst helfen kann, braucht man dem Gläubiger des Verpflichteten wegen keine so weitgehenden und leicht zum Schaden

Digitized by Google

des Verpflichteten ausnützbaren Berechtigungen und Vollmachten zu ertheilen. In Folge dieses vom Grade der Verkehrsfähigkeit unabhängigen Selbstschutzes führen auch in den Ländern, welche die briefmäßige Uebertragung nicht kennen, nur die unsicheren Hypotheken zur Zwangsvollstreckung. Für diese bringt jedoch auch der Hypothekenbrief nicht Rettung, weil es für derlei Hypotheken, gleichfalls mit oder ohne Grundbuch, an Abnehmern mangeln wird. Aus Allem resultirt, das die Verleihung oder Steigerung der Verkehrsfähigkeit dem Grundbesitze zu praktischen Vortheilen von irgend einem Belange, insbesondere zu billigerem oder unkündbarem Credit nicht verhelfen. Vielleicht, daß das Capital den Hypothekenbrief gerne sieht, aber sicher will es sich seine „Vorliebe" nichts kosten lassen; die größeren Lasten, die größeren Gefahren, welche der Grundbesitz mit dem Hypothekenbrief und der außerbücherlichen Uebertragbarkeit auf sich nimmt,[26]) gehören demnach zu den impensae voluptuariae, es sind für den Verpflichteten gebotene Luxusausgaben.

Aus dem unmittelbaren Anschauen der Gegenwartsentwicklung entfaltet sich für das Dilemma, vor welches die früheren Untersuchungen geführt, noch ein anderer Gesichtspunkt. Das Ziel, das eine moderne Hypothekarcredit-Gesetzgebung anzustreben hat, ist überhaupt nicht die höchst negociable Hypothek in dem Sinne, wie sie der Hypothekenbrief vermittelt. Das mag der Zeit des großen Suarez congenial gewesen sein, aber in den wirthschaftlichen Formen und zumal in der Organisirung des Creditwesens trennt ein gewaltiger Abstand von dieser Zeit, und davon muß doch wohl auch die Gesetzgebung Act nehmen. Der Entwurf sucht die Vortheile der Verkehrsfähigkeit auf einem heute nur mehr wenig betretenen Wege. Er übersieht eben die Haupttendenz des gegenwärtigen Hypothekarcreditverkehrs, die — kurz gesagt — dahin geht, den Individualcredit durch den Anstaltscredit zu ersetzen.[27]) Schon

---

[26]) Mit Recht bemerkt Fr. Weber, Deutsches Hypothekenrecht, S. 5, daß der Grundbesitz für sich allein — abgesehen vom Besitze größerer Latifundien und Majoratsherrschaften — niemals im Stande sein werde, der einzelnen Obligation eine solche Marktfähigkeit zu verschaffen, welche dem Gläubiger gestattet, stets über sein Capital ohne Beschwerung des Schuldners disponiren bezw. solches zurückziehen zu können.

[27]) v. Miaskowski, Schriften des Vereins für Socialpolitik, XXXVIII, Verhandlungen von 1888, S. 22: „Es thun daher gut organisirte Creditanstalten um so mehr noth, je mehr der legitime Individualcredit sich auf immer kleinere Gebiete zurückzieht. Verwandte, Nachbarn, Berufsgenossen, reelle Geschäftsfreunde, welche früher ihr Capital den Grundbesitzern in großem Betrage zur Disposition stellten, haben heute sehr wenig Neigung dazu, und zwar aus Gründen, die ja in unserer allgemeinen socialen und wirthschaftlichen Entwicklung ihre Erklärung und

Digitized by Google

heute wird das Realcreditbedürfniß zum großen Theile durch Creditanstalten, seien es staatliche oder städtische Einrichtungen, genossenschaftliche Verbände oder Gesellschaften von Actionären befriedigt. Die deutschen Hypothekenbanken allein hatten im Jahre 1885 fast zwei Milliarden Mark in Pfandbriefen und Communalobligationen emittirt; die Pfandbriefschuld aller preußischen Landschaften betrug im gleichen Jahre über 1½ Milliarden Mark. Der von der Casseler Landescreditbank, der Nassauischen Landesbank und der Hannoverschen Landescreditanstalt gewährte Hypothekarcredit belief sich im genannten Jahre auf ca. 200 Millionen Mark, der von der landständischen Bank der Oberlausitz gegebene auf 29 Millionen Mark. Dazu kommen dann noch die Hypotheken der staatlichen Creditinstitute in Thüringen und der in den altpreußischen Provinzen unter der Verwaltung der Provinzialstände stehenden Provinzialhülfscassen (v. Miaskowski, a. a. O. S. 24, 28, 31 f.). Die Anstaltshypothek — wenn dieses Wort gestattet ist — erfüllt zwei Forderungen, die fast unvereinbar scheinen: sie ist zugleich äußerst constant und äußerst beweglich. Ersteres im Verhältniß zwischen Gläubiger und Grundbesitzer. Die Anstalt kann einen genügend langen Credit gewähren, der Verpflichtete hat einen Wechsel des Gläubigers nicht zu besorgen, es ist die Möglichkeit gegeben, das Anlehen in mäßigen Theilzahlungen zu amortisiren — von all' den Ueberraschungen und Nachtheilen, wie sie im Gefolge der Briefhypothek auftreten, bleibt der Grundbesitzer verschont. Eine viel größere Beweglichkeit aber, als sie mit den Mitteln des Entwurfs je zu erzielen, erhält die Anstaltshypothek durch den Pfandbrief, ohne daß der Grundbesitz für diese Verkehrsfähigkeit auch nur das allergeringste Opfer zu bringen hätte. Was sonst noch geschehen müßte, um das wirthschaftliche Verbandwesen dem Immobilarcredit dienstbar zu machen, welche Art von Creditanstalten besonders zu patronisiren wären, wie sich Reich und Staat an dieser Creditorganisation zu betheiligen hätten, darauf ist hier nicht einzugehen; darüber aber sind die Vertreter der Wirthschaftslehre einig und auf Grund der Erfahrungen wird ihnen beigepflichtet werden

zum Theil auch ihre Rechtfertigung finden. So bleiben denn — je länger, um so mehr — als Privatgläubiger nur solche Personen übrig, die aus dem dem Landmanne gewährten Credit einen außergewöhnlichen Gewinn ziehen wollen." Vgl. K. Frhr. v. Stengel in den Annalen des Deutschen Reiches (Hirth) Jahrg. 1878, S. 849, 859, 898[1]. — K. Schneider in Schmoller's Jahrb., XIV. S. 155 ff., schlägt unter anderem vor, daß innerhalb einer gewissen, für bäuerliche Grundstücke nach den verschiedenen Kreisen festzustellenden Beleihungsgrenze überhaupt nur öffentliche Creditinstitute, Hypothekenbanken, Sparcassen und dergl. Hypotheken sollen erwerben können. Privathypotheken wären nach diesem Plane nur jenseits der festgestellten Beleihungsgrenze eintragbar und würden nur sehr beschränkte Befugnisse verleihen.

Digitized by Google

dürfen: dem Pfandbriefe, nicht dem Hypothekenbriefe gehört und gebührt die Zukunft. Der Hypothekenbrief, das ist ein unvollkommenes Hülfsmittel einer Zeit, in welcher der Associationsgedanke noch schlummerte. Als sich aber dieser Gedanke in den altpreußischen Landschaften auch im Gebiete des Liegenschaftscredites zu regen begann, da trat im selben Momente auch der Pfandbrief ins Leben. Die mit den modernen finanziellen Organisationen und Verhältnissen eng zusammenhängende Bewegung zum Anstaltscredit und zum Pfandbrief hin wird der Entwurf nicht aufhalten, soll es auch nicht; darum ist die gefährliche Briefhypothek keine Nothwendigkeit. Was aber die Hypotheken- und Bodencreditanstalten u. s. w. ihren Hypothekarschuldnern gegenüber brauchen, das leistet ihnen die Buchhypothek des Entwurfs vollständig.

Und dann noch eine Bemerkung über die Veranstaltungen zur Mobilisirung der Hypothek. In der Wirthschaftslehre ist die Ansicht ziemlich verbreitet, daß die thatsächliche Steigerung des Verkehrs in Hypotheken keineswegs im selben Maße vor sich gehe, als die Circulationsfähigkeit der Hypothek erleichtert werde. Denn den Immobiliarcredit pflegt eben nur der Theil des Capitals, der sein Geld auf lange Zeit hinaus anlegen will. Das trifft so recht das Innerste der im Entwurf zur Geltung gekommenen Anschauung: was für den kurzfristigen Waarencredit, für den Personalcredit in Handel und Industrie mit ihren raschen Capitalumsätzen gilt, ist da irrthümlich auf den Liegenschaftscredit übertragen worden.

Das alles räth dazu, auf die Briefhypothek zu verzichten. Diese ist nun nach dem Entwurf bekanntlich nicht obligatorisch. Daraus könnte man leicht die Unschädlichkeit einer gesetzlichen Anerkennung dieser Pfandrechtsart folgern: der Grundbesitzer, dem vor ihr bangt, braucht sie nicht zu gewähren. Das führt nochmals auf die Pfandrechtsreihe des Entwurfs zurück. Die Meinung, daß sich diese vier oder fünf verschiedenartigen Creditformen im Leben so nett und sauber nebeneinander erhalten werden, hat alles gegen sich. Das ist wieder einer der Punkte, wo die beiden Welten der organischen und der Rechtserscheinungen sich berühren, wo auch dem Juristen die naturwissenschaftliche Anschauungsweise nützen kann. Die schwachen Arten sind hier wie dort dem Untergang geweiht, nur das Starke erhält sich, lebt wirklich. Man stelle dem Credit vier verschiedene, dem Gläubiger in ebenso viel Stufen immer mehr Rechte gewährende Formen zur Verfügung: die Schwärmer unter den Creditgebern werden zu zählen sein, die sich mit dem schwächeren Recht begnügen, mehr Unsicherheit auf sich nehmen, als sie unumgänglich nothwendig müssen. Das Inslebentreten eines Rechtsinstituts, das stärkere

Digitized by Google

Sicherung, leichtere Realisirung, schärfere Zwangsmittel als die bisher zu gleichem Zweck verwendeten Institute gewährt, ist allemal für sämmtliche Verpflichtete verhängnißvoll: hier findet dann immer ein Ausgleich nach oben statt. Das in den letzten Jahren immer deutlicher wahrnehmbare Eindringen des Wechsels in den kleinen Handels- und gewerblichen Verkehr, ja ins gewöhnliche bürgerliche Leben, ist gleich ein Beleg dafür, und auch auf die Grundschuld des heutigen preußischen Rechts drückt augenscheinlich die Nebenbuhlerschaft der accessorischen Briefhypothek, die wegen des Hinzutretens der persönlichen Haftung dem Gläubiger noch günstiger ist.[28]) Immer derselbe Zug zum Maximum der Sicherungs- und Befriedigungsrechte. Aus diesem Grunde ist dem facultativen Charakter der Briefhypothek nicht zu trauen. Weil sie dem Gläubiger die günstigste Stellung gewährt, wird sie der Verkehr rasch zu der allein im Verkehr vorkommenden machen. Das Gesetz selbst würde dadurch ohne Veranlassung die Creditbedingungen, den Creditpreis in die Höhe schrauben. Und die Rückwirkung würden die Territorien bald zu fühlen haben, in welchen bisher der Gläubiger mit einer Hypothek sich begnügen mußte, die ungefähr das Schärfemaß der Buchhypothek des Entwurfes hat. Denn das darf bei einer neuen Gesetzgebung in dieser Materie nicht vergessen werden: es giebt im Deutschen Reich nur mehr wenig hypothekenrechtliches Neuland. Desto größer sind die alten Hypothekenbestände, auf welche die Rechtssätze des Entwurfs treffen. Hier wirkt nun die Aufnahme neuen Rechtes als Convertirung u. z., wenn die Briefhypothek beibehalten wird, namentlich außerhalb Preußen, Mecklenburg und vielleicht noch Hamburg und Lübeck, als eine Conversion zu Ungunsten des Grundbesitzes. Die Klinke dazu hat der Gläubiger mit der ihm in der Regel zustehenden Kündigungsbefugniß in der Hand; für den Gläubiger unkündbare Hypotheken dürften Seltenheiten sein. An Stelle der gekündigten Buchhypothek wird der Verpflichtete gestatten müssen, daß über die Hypothek ein Brief ertheilt werde, das ist die unvermeidliche Consequenz der gesetzlichen Fixirung einer so hohen Hypothekenparität.[29]) Die Buchhypothek wird

---

[28]) Dernburg, Preuß. Hypothekenrecht II. S. 52: „... im Verkehre Preußens ist es ... durchaus üblich, den Grundbesitzer auch persönlich neben der Hypothek zu verpflichten. Wo aber dies der Fall ist, entspricht eine starre Trennung der Hypothek von der persönlichen Verpflichtung dem praktischen Bedürfnisse nicht."

[29]) Es ist eine ganz richtige Diagnose, wenn Tinsch, a. a. O. S. 47, erklärt, für Pfandbriefanstalten ergebe sich aus dem Verhältnisse der Buch- zur Briefhypothek der Ausschluß der Darlehenshingabe gegen Buchhypothek überhaupt; sie würden in Zukunft nur gegen Briefhypothek und Grundschuldbestellung Darlehen gewähren können.

Digitized by Google

vielleicht noch hie und da bei Gefälligkeitsdarlehen vorkommen, als reale Verkehrsgröße wird sie in nicht zu ferner Zeit überall verschwunden sein.

Mit dem bisher Vorgebrachten, wenn es auch mehr aus Andeutungen, als aus erschöpfenden Ausführungen besteht, dürfte das abzugebende Votum wenigstens so weit vorbereitet sein, um die Gesichtspunkte erkennen zu lassen, welche bei dieser Meinungsäußerung die leitenden waren. Sie konnten in einer so eminent volkswirthschaftlichen Frage, wie der Hypothekarcredit, nicht lediglich juristische sein, zumal das für den Entwurf so wichtige Verkehrsfähigkeitsprincip selbst ein wirthschaftliches ist. Schon die Mannigfaltigkeit der heute geltenden particulären Hypothekenrechte macht jede Voraussicht über die wahrscheinlichen Folgen der einheitlichen Regelung des Hypothekenrechts und daher auch das Urtheil über die beste Art dieser Neuregelung außerordentlich schwierig. Der Mangel einer irgend verläßlichen hypothekenstatistischen Unterlage vermehrt diese Schwierigkeiten so sehr, daß die Frage nicht abzuweisen ist, ob nicht der repetita praelectio des Hypothekenrechtes eine solche über das ganze Reich sich ausdehnende statistische Erhebung vorausgehen sollte, welche über die Ausbreitung der einzelnen Formen und über alle für die legislativpolitische Beurtheilung wichtigen Lebensfunctionen der Hypothek, einschließlich der Frage, inwieweit der Verkehr von der erleichterten Uebertragbarkeit der Hypothek thatsächlich Gebrauch macht, genau belehren würde. Unter diesen Vorbehalten darf auf Grund obiger Darlegungen zunächst wohl das eine als sicher gelten: die Frage, ob die im Entwurf vorgesehenen Immobilarpfandrechtsarten einschließlich der Grundschuld beizubehalten seien, ist zu verneinen.

Zur richtigen Auslese geben schon die vorangeschickten Erörterungen die erforderliche Anleitung. Wenigstens negativ, indem sie erkennen ließen, in welchen Formen das anzustrebende Gleichgewicht der Rechte am ärgsten zu Lasten des Grundbesitzes gestört sei. Das Gebiet des Deutschen Reiches zerfällt, wenn man die particulare Einrichtung der Hypothek mit den Typen des Entwurfs vergleicht, in drei Gruppen:

1. Die Länder, deren Hypothek etwa der Sicherungshypothek des Entwurfs entspricht; die hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen sowie die 1866 von Hessen an Preußen abgetretenen Gebietstheile, Schwarzburg-Rudolstadt, Lauenburg und Frankfurt. Dann kann das Gebiet des rheinisch-französischen Hypothekenrechts und endlich Weimar hergerechnet werden, wiewohl die Hypothek des weimarschen Rechts schon den Uebergang zur zweiten Gruppe anbahnt.

Digitized by Google

2. Die Länder, deren Hypothek der Buchhypothek des Entwurfs ähnlich ist: Bayern, Sachsen, Württemberg, Nassau, Anhalt, Meiningen, Hamburg und Lübeck.

3. Die Territorien, deren Hypothek die Vorlage für die Briefhypothek des Entwurfs gewesen, nämlich Preußen und Mecklenburg, und dann die Stadt Bremen. Zur zweiten Gruppe treten noch die Staaten hinzu, welche in der Einrichtung der Hypothek dem sächsischen, zur dritten diejenigen, welche hierin dem preußischen Rechte folgen.

An Stelle dieser drei verschiedenartigen Hypotheken soll nun eine einzige treten, denn eine Vielheit von Immobilarcreditformen im selben Gebiete ist — wie schon ausgeführt wurde — theoretisch und praktisch nicht wünschenswerth; es läßt sich auch nicht erwarten, daß die potentielle, gesetzliche Vielheit sich praktisch von selbst in territoriale Einheitlichkeit auflösen werde, und es würde endlich nicht einmal mit Hülfe dieser Vielheit durchzusetzen sein, daß — auf die Basis einheitlichen, gleichen Rechtes gestellt — jeder Bundesstaat seiner heutigen Landeshypothek sich fort-erfreue. Um die Rückwirkungen der Rechtsänderung auf alle Gebiete möglichst gleich zu vertheilen, wird die eine Hypothek eine Compromißbildung sein müssen. Ein zu jäher Wandel nach aufwärts oder abwärts ist schon wegen der kritischen Verhältnisse, in welchen sich die Landwirthschaft fortdauernd befindet, zu vermeiden. Beides: die plötzliche starke Vermehrung der Gläubigerrechte oder das Heimrufen der Capitalien — in Folge einer sehr energischen Reduction der Gläubigerrechte — würde die Landwirthschaft hart treffen. Das schließt sowohl die Hypothek der ersten, wie die der dritten Gruppe von der Alleingeltung aus. Dem Gläubiger wie dem Grundbesitzer soll — und das ist das Schwierige einer solchen Mittelbildung — thunlichst wenig von dem genommen werden, was sie jetzt haben. Die theoretisch schönste Lösung wäre es, wenn die Compromißhypothek genau die Mitte zwischen den beiden Extremen einnehmen würde, aber selbst das legt schon den Betheiligten ungleiche Opfer auf. Das Mehr an Lasten, welche der Grundbesitzer in den unter 1. bezeichneten Gebieten auf sich nehmen muß, um das Mittel zu erreichen, ist viel größer, als die Menge von Vortheilen, welche der Gläubiger in den unter 3. angegebenen Ländern behufs Erzielung des Mittels aufgeben, nachlassen muß. Doch zu dieser Ungleichheit wird man sich entschließen müssen. Die lediglich sichernde, nur nach Maßgabe ihres effectiven juristischen Bestehens, also so zu sagen nur nach Cessionsgrundsätzen übertragbare Hypothek ist etwas ganz Veraltetes. Die bevorstehende Gesetzgebung kann sich dadurch, daß einzelne Gebiete in der Entwickelung ihres Hypothekenrechts so weit zurückgeblieben sind, nicht bestimmen lassen, alle

Digitized by Google

Erleichterungen der Hypothekenbewegung zu beseitigen. Der Grundbesitzer soll in seiner rein obligatorischen Schuldnerstellung nicht mehr beeinträchtigt werden, als es gerade nothwendig ist, um einen im Vertrauen auf das Grundbuch sich vollziehenden Hypothekenverkehr möglich zu machen; aber dieses Opfer kann man ihm nicht ersparen, denn durch die Reception des materiellen Oeffentlichkeitsgrundsatzes ist die Verkehrsfunction der Hypothek schon lange in den weitaus meisten deutschen Staaten ein dem Sicherungszwecke völlig Coordinirtes geworden. Wie dem Verpflichteten nur das Unumgänglichste auferlegt, so soll dem Gläubiger nichts unumgänglich Nothwendiges genommen werden. Was die Verkehrsfunction in Bezug auf die Selbständigkeit der Hypothek absolut verlangt, muß ihm bleiben; die Hypothekenveräußerung soll der ihr durch das Grundbuch zu Theil werdenden Unterstützung nicht entrathen, aber was außerhalb des Oeffentlichkeitsprincips ohne sachliche Beeinträchtigung der Verkehrsfunction entfallen kann, das wird die Compromißhypothek dem Gläubiger versagen müssen. Vor allem die Zugabe der einfacheren Erwerbsform, der briefmäßigen Uebertragung. Auf diese Art, durch die Beschränkung auf das Wesentlichste die beiden entferntesten Typen einander nähernd, würde man eine Hypothek erhalten, wie es etwa die Buchhypothek des Entwurfs ist, in welcher sich der Sicherungs- und der Verkehrsgedanke harmonisch vereinigen. Die Codification des bürgerlichen Rechts im Deutschen Reich hat nicht wie eine andere Privatrechts-Gesetzgebung bloß die Aufgabe der zeitgemäßen Rechtserneuerung, der Rechtsverbesserung; vor ihr liegt als viel schwierigere und wichtigere Arbeit die Nothwendigkeit, den in so vielen Armen dahinfließenden Strom erst in ein gemeinsames Bett zu leiten. In der Kritik des Entwurfes werden diese beiden Dinge — trotzdem die Motive wiederholt darauf verweisen — nicht immer auseinandergehalten; sonst würden nicht so viele Beurtheiler an den Entwurf nur den Maßstab anlegen, ob und wieweit er die in der Rechtsordnung ihrer Heimath hervorgetretenen Mängel behebe, dem localen Rechtsfortbildungsbedürfniß genüge, und den Gesammtstandpunkt ganz außer Acht lassen. Nur in sehr wenigen Punkten werden beide Schritte zugleich gethan werden können; nur hinsichtlich solcher Beziehungen, für welche schon heute trotz formaler Mehrheit und Sonderung in den verschiedenen Gebieten gleiches Recht gilt. Zu den Partien, in welchen die Vergangenheit und die Landesgesetzgebung der Rechtseinheit spontan vorgearbeitet, gehört nun das Hypothekenrecht leider nicht. Nach allen Richtungen zerklüftet und gespalten, ist hier vor allem die Herstellung wirklich, materiell einheitlichen, gleichen Rechtes zu erstreben, alles andere muß einer späteren

Digitized by Google

Entwickelung vorbehalten werden.[30]) Für eine Gesetzgebung, die dies als ihr Ziel ansieht, also im gegenwärtigen Stadium ist eine Mittelbildung nach Art der Buchhypothek des Entwurfs die einzige überhaupt mögliche gemeinsame Immobilarcreditform. Ihre nahe Verwandtschaft mit der heute in einem großen Theile Deutschlands geltenden Hypothek (die unter 2. angeführten Staaten) schränkt zugleich die Schwierigkeiten der Rechtsänderung räumlich nicht unerheblich ein, was gleichfalls nicht unterschätzt werden darf.

Vorausgesetzt, daß das Publicitätsprincip im Sinne des Entwurfs als allgemeines Rechtserwerbsprincip für das ganze Immobilarsachenrecht angenommen wird — von einzelnen auszumerzenden Uebergriffen war oben die Rede —, ist an der Einrichtung der Buchhypothek des Entwurfs wenig und namentlich nichts Wesentliches zu tadeln. Sie entspricht ins-

---

[30]) Deshalb ist der Entwurf auch noch nicht das Feld für die Entscheidung des Kampfes über die seit Rodbertus viel discutirten Probleme der Revenuenhypothek und der Verdrängung der Capitalsbelastung durch die eingetragene Rente. Seine Verfasser hatten unbedingt Recht, wenn sie auf diese Fragen im Gesetzbuche — im Einführungsgesetze soll der Landesgesetzgebung nach einzelnen Richtungen freie Bewegung vorbehalten werden — nicht eingingen. Einstweilen stellen diese beiden Creditformen neben der tagtäglichen Wirklichkeit der Capital- und der Substanzhypothek noch die „ideale Forderung" im Gebiete des Liegenschafts-Pfandcredits dar. Von gewissen, mehr publicistischen Verhältnissen, wie etwa Meliorationsfälle, abgesehen, wird die Creditirung gegen bloße Rentenverpflichtung ohne eine große, auf Aenderung der Verschuldungsformen abzielende Action eine Rarität bleiben; für eine derartige Action ist aber eine Vereinheitlichung des Immobilarcreditrechtes die erste Voraussetzung und der Weg der Sondergesetzgebung der einzig mögliche. Auch eine detaillirtere Regelung des Rentenrechtes (§ 1051) im neuen Gesetzbuche und die Einführung von Rentenbriefen — beides wurde vom preußischen Landesökonomie-Collegium (Verhandlungen, 1889, S. 318 ff.) und danach vom Deutschen Landwirthschaftsrathe (Verhandlungen, 1890, S. 347) für „dringend wünschenswerth" erklärt — dürfte für sich einen besonderen Antrieb zur Gewährung von Rentendarlehen kaum bilden. Wohl aber könnte die Gesetzgebung im Sinne des Princips der Revenuenhypothek schon jetzt wirken, wenn sie das breitere Hervortreten der Zwangsverwaltung als Vollstreckungsmittel für Hypothekenansprüche dadurch anbahnen wollte, daß dieselbe für gewisse Complicationen schlechthin als obligatorisch erklärt und die heutige cumulative Concurrenz der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung in ein Verhältniß der Subsidiarität der Versteigerung umgewandelt würde. Wenn sich — wie zu vermuthen und zu wünschen — die beiden in der Art des landwirthschaftlichen Betriebes tief begründeten Forderungen der dinglichen Rentenschuld und der Ertragsverschuldung für die der ersten Privatrechtscodification im Deutschen Reiche nachfolgende Rechtsentwickelung als bedeutsam und bestimmend erweisen werden, so könnte die auch aus anderen Gründen sehr zu befürwortende gesetzliche Hervorstellung der Zwangsverwaltung einen nur willkommenen natürlichen Stützpunkt für alle diese Bestrebungen abgeben.

Digitized by Google

besondere dem, was die fortschreitende Hypothekarcredit-Organisation verlangt; ebenso erfüllt sie, was die volltönende ewige Tonika der Marktgängigkeit an berechtigten Anforderungen in sich birgt. Daher wäre die Aufnahme der schon vom Entwurf als Normalhypothek aufgestellten Buchhypothek als einziger Immobilarcreditform zu befürworten. Was zu Gunsten der Briefhypothek als alleiniger Form angeführt wird, hat schon im Obigen seine Erledigung und Widerlegung gefunden. Die Briefhypothek ist aus dem Entwurfe auszuscheiden, u. z. wenn man nicht das Kränkeln und Hinsiechen der als regelmäßiger Creditform gedachten Hypothek befördern will, unbedingt auszuscheiden. Die Freiheit rechtsgeschäftlicher Ordnung wird im Entwurf für das Sachenrecht in viel wichtigeren Beziehungen unbedenklich ausgeschlossen. Und auch die Grundschuld müßte dann das Schicksal der Briefhypothek theilen. Die Einheitlichkeit des Pfandrechtes an Grundstücken durch die Grundschuld äußerlich und innerlich (Tausch-, Werthumsatzgedanke) stören zu lassen, ist um so weniger Ursache, als durch die Zulassung der Grundschuld alle Vortheile der Nichtzulassung der Briefhypothek mehr als wett gemacht würden. Der Verkehr würde sich durch die Benutzung der bisher vernachlässigten Grundschuld und der Grundschuldbriefe, vielleicht auch noch mit Hülfe von pacta adjecta, in den Ländern mit dispositiver Hypothekenurkunde in den gewohnten Bahnen zu erhalten und überdies auch in die dem abtretbaren Hypothekenbriefe bisher verschlossenen Gebiete einzudrängen wissen. Dazu kommen noch die früher dargelegten principiellen Bedenken, welche das Institut der Grundschuld — namentlich in der ihr durch den Entwurf gegebenen übertriebenen Abstractheit — erregt. Die Gesetzgebung wird mit der Uebergehung dieser Belastungsform berechtigte Interessen kaum verletzen.

Auch die Kategorie der Sicherungshypothek mit ihren dem gemeinen Verständnisse so sehr entrückten Erkennungszeichen ist leicht zu missen.[31])

---

[31]) Keine besondere Pfandrechtsart ist die Eigenthümerhypothek. Es mag jedoch gestattet sein, kurz zu bemerken, daß gegen die Bestimmungen des Entwurfs über die Eigenthümerhypothek aus den hier zu verfolgenden Gesichtspunkten nichts einzuwenden ist. Was vom wirthschaftlichen Standpunkt gegen die Eigenthümerhypothek vorgebracht wird (Erleichterung der Verschuldung des ländlichen Grundbesitzes, Beförderung namentlich des leichtsinnigen Schuldenmachens), wiegt nicht schwer, so lange am Regime freier, unbeschränkter Verschuldbarkeit des Bodens festgehalten und von der Aufstellung von Normativbestimmungen für Hypothekardarlehen abgesehen wird. Technisch aber verdient die Eigenthümerhypothek sowohl den Vorzug vor dem „System der freien Stellen", wie vor dem Institute der festen Prioritäten (Schleswig-Holstein, Altona). Die wesentlichsten Vortheile letzterer Einrichtung würden, ohne deshalb den besonderen Vortheilen der Eigenthümerhypothek

Digitized by Google

Die Zwangshypothek (§ 1130) muß, die Cautionshypothek (§ 1129) kann unbedenklich Buchhypothek werden, und statt der Arresthypothek (§ 1132) sollte aus den schon erörterten Gründen zu der noch in anderer Weise statt der Sicherungshypothek ersprießlich verwendbaren bedingten Eintragung, Vormerkung gegriffen werden. Nur bei solcher Umwandlung wird sich die Zwangshypothek — die nach dem Vorschlage Bähr's (Arch. f. bürg. R., II. S. 177) auf rechtskräftig festgestellte Forderungen zu beschränken wäre — im prophylaktischen Sinne als nützlich erweisen. Denn nur dann wird der Gläubiger, statt Zwangsvollstreckung zu führen, sich auch wirklich mit der Erwerbung einer Hypothek auf der Liegenschaft seines Schuldners begnügen, nur dann kann er es vernünftigerweise thun. Die materielle Legitimation des Gläubigers mit vollstreckbarer Forderung aber, eine normale Hypothek zu erlangen, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Der Vorschlag des Entwurfs, die Eintragung einer Hypothek als Zwangsvollstreckungsmaßregel zu gestatten, stößt vielfach auf principiellen Widerspruch.[32]) Das Kronargument der Opposition, daß das Grundbuch dem Realcredite zu dienen habe, während sich durch die zwangsweise für vollstreckbare Ansprüche eingetragene Hypothek die Chirographargläubiger eindrängen, beweist zu viel. Darnach sollte eigentlich wegen persönlicher Forderungen auch nicht ins unbewegliche Vermögen Zwangsvollstreckung erlaubt sein. Denn wenn der Chirographar die Versteigerung des Anwesens, die sofortige Enteignung des Grundbesitzers erwirken kann, so hat er kraft seiner vollstreckbaren persönlichen Forderung eine Verfügungsmacht über das Grundstück, also über das Eigenthum daran. Obwaltet

---

entsagen zu müssen, durch die soeben von Strohal (Jahrb. für Dogmatik, XXXI., N. F. XIX., S. 281 ff., 316 ff.) angeregte Combinirung der Eigenthümerhypothek mit der Hypothekenerneuerung erreicht. Denn der Grundbesitzer wird die frei gewordene Priorität regelmäßig viel besser verwerthen können, wenn der neue Gläubiger nicht gezwungen ist, sich immer erst zwischen den Ruinen einer alten Hypothek wohnlich einzurichten. Und während sich bei der Cession die ursprünglichen Darlehnsbedingungen trotz aller zwischenfallenden Rückzahlungsacte fortschleppen, würde die Begründung einer neuen Obligation in der frei gewordenen Priorität alle dem Grundbesitzer ersprießlichen Variationen und insbesondere ein gewisses Anschmiegen an die Zinsfußveränderungen gestatten. Wo hingegen das System der festen Prioritäten den Grundbesitzer zu benachtheiligen vermöchte (Veräußerung des belasteten Gutes im Wege der Zwangsvollstreckung, freiwillige Veräußerung des Grundstücks mit offener Stelle), da erweist sich die Eigenthümerhypothek als kaum zu entbehrendes Corollar. Daß bei der Discussion über diese Frage das theoretische Moment, ob die Hypothek Recht an einer Werthpartikel sei oder das ganze Grundstück ergreife, immer mehr zurücktritt, kann der Lösung nur zu statten kommen.

[32]) Vgl. neuestens wieder Dernburg, a. a. O. S. 112 f.

Digitized by Google

dagegen kein Anstand, so ist aber auch nicht zu begreifen, warum demselben Anspruche nicht das Geringere, die bloße Anwartschaft auf eine eventuelle Disposition offen stehen soll. Das Vorrecht, welches der Gläubiger durch die Hypothek vor allen anderen Gläubigern erhält, ist so viel oder so wenig innerlich begründet, wie das durch die Vollstreckbarkeit eines Anspruches gewährte; auch in dieser Hinsicht erweitert sich der Einwand gegen die zwangsweise eingetragene Hypothek für vollstreckbare Ansprüche zu einem Einwand gegen das ganze heutige System der Zwangsvollstreckung und gegen die Geltung einer vom Eintritte der Vollstreckbarkeit und vom Betreiben des Gläubigers abhängigen Priorität. Warum nur diese einzelne Folge herausbrechen? Daß sich der Verpflichtete gegen das Zugeständniß der Vollstreckungssistirung freiwillig zur Einräumung einer Hypothek verstehen werde und sich dabei leicht eine kleine Stundung oder Aehnliches herausschlagen könnte, ist wahr, doch gleichfalls nicht beweisend. Gerade so gut ließe sich aus der Thatsache beiderseitigen Interessirtseins ein Beweis wider die gesetzliche Anerkennung der Klagbarkeit synallagmatischer Contracte herleiten. Man könnte nämlich sagen: der Contrahent, welcher, falls er das Versprochene hingiebt, selbst eine Leistung zu erwarten hat, wird schon freiwillig leisten. Warum für den anderen Vertragstheil die Klage? Die Berechtigung einer solchen zwangsweisen Hypothekeneintragung ist nach dem ganzen Zusammenhange des Zwangsvollstreckungsrechtes nicht zweifelhaft. Dem Gläubiger wird zur Hereinbringung seiner Forderung die Pfändung beweglicher Sachen bewilligt, jedoch keineswegs zur Pflicht gemacht, das hierdurch erworbene Pfandrecht sofort durch Versteigerung zu realisiren. Wenn ihm also zunächst nur an Sicherstellung und Vorrangserwerb gelegen, so kann er das in Ansehung des beweglichen Vermögens ohne Weiteres erreichen; ein solches Pfändungspfandrecht ist nichts anderes als eine Zwangshypothek auf Mobilien. So viele Unterschiede sonst zwischen beweglichem Vermögen und Liegenschaften bestehen, wenn man einmal letztere vorbehaltslos und in einer Linie mit den Mobilien der Execution wegen persönlicher Forderungen unterwirft, dann muß auch bezüglich des Pfandrechtserwerbes das Nämliche gelten; wenigstens dem praktischen Effecte nach ist derselbe gewissermaßen nur der erste der beiden Acte, aus welchen sich das Zwangsvollstreckungsverfahren in Immobilien zusammensetzt. Damit will keineswegs die für das moderne Zwangsvollstreckungsrecht charakteristische große Gläubigerautonomie vertheidigt werden. In einem künftigen Executionsrechte wird der Maßgedanke wohl zu manchen Beschränkungen der heutigen Gläubigerfreiheit führen;

Digitized by Google

nach dem heutigen Rechtszustande aber ist die Zwangshypothek eine von der Gerechtigkeit unterstützte Forderung der Logik.[33])

Für eine besondere Species der Cautionshypothek endlich scheint in einem Systeme kein rechter Platz, welches — wie der Entwurf — für künftige und bedingte Forderungen eine gewöhnliche Buchhypothek statthaft erklärt (§ 1062, Absatz 2). Damit will nicht jede Sonderbestimmung über solche Hypotheken für künftige Forderungen abgelehnt werden; aber dieselben werden sich unschwer im Rahmen der Buchhypothek treffen lassen. Das Recht Bayerns, Sachsens und Württembergs zeigt, daß und wie es möglich ist, die Cautionshypothek als bloße Unterart der Buchhypothek zu gestalten. Es wurde hier das Auskommen damit gefunden, daß einzelne für die Buchhypothek geltende Rechtssätze, indem man auf ihre Ratio zurückgriff, für unanwendbar erklärt wurden, sobald die Hypothek zum Schutze einer eventuell entstehenden Forderung (Forderung aus einem einstweilen bloß als möglich vorausgesetzten oder aus einem bereits vorhandenen Grundverhältnisse) oder einer Forderung mit noch unbestimmtem Betrag zu dienen hat. Aehnlich könnte sich auch der Entwurf, ohne deshalb eine besondere Pfandrechtsart zu schaffen, dazu entschließen, für den gleichen Fall — und der Inhalt des Eintragungsantrages müßte darüber entscheiden, ob diese Prämissen gegeben sind — die Vorschriften über die dem ursprünglichen oder einem späteren Gläubiger gegenüber eintretenden Publicitätswirkungen für unanwendbar zu erklären und zugleich zu statuiren, unter welchen Bedingungen die aus dem angegebenen Grundverhältnisse entstandenen Forderungen eingetragen und damit der Vortheile des öffentlichen Glaubens theilhaft werden können.[34]) Auch die Geltung der Rechtssätze über die Eigenthümerhypothek überhaupt oder theilweise für diesen Fall auszuschließen, wie es in § 1128 des Entwurfs geschieht, dürfte überflüssig sein. Ist einstweilen nicht einmal das als möglich vorausgesetzte Grundverhältniß oder doch noch keine Forderung entstanden, dann kann weder von der Befriedigung des Hypothekargläubigers (§§ 1094, 1095), noch von Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit (§ 1097) die Rede sein. Sobald aber bestimmte existente Forderungen in die Hülse der Hypothek eingetreten sind, ist kein Grund da, gerade dieses Zusammentreffen von Forderung und Verbindlichkeit apart zu behandeln. Viel eher wäre zu

---

[33]) Daß sich die auf Beseitigung der Vollstreckungshypothek gerichteten Bestrebungen inhaltlich mit den Vorschlägen auf Einführung eines Heimstättenrechts decken, hat schon v. Miaskowski, a. a. O. S. 39 bemerkt. Vgl. die Aeußerungen des westfälischen Bauernvereins in der Zusammenstellung, VI. S. 576.

[34]) Regelsberger, a. a. O. S. 190. — Römer, a. a. O. S. 107 f.

Digitized by Google

erwägen, ob nicht die Abtretung der zur Sicherstellung künftiger Forderungen eingetragenen Hypothek überhaupt zu beschränken wäre, wie es heute im sächsischen Rechte geschieht.[35]) Der Entwurf würde in dieser Richtung auch für den Fall der unveränderten Beibehaltung der Sicherungshypothek eine Ergänzung nöthig haben, um Personen, welche nicht zugleich in das sogenannte Grundverhältniß eintreten, vom Erwerb einer solchen Hypothek auszuschließen und zu hindern, daß sich von der einen Cautionshypothek im Wege der Abtretung einzelner entstandener Forderungen mehrere selbständige Hypotheken abzweigen und unlösbare Prioritätsstreitfragen entstehen. In § 1129 sind diese Complicationen kaum gestreift.

Nachdem die zur Begutachtung gestellte Frage oben bereits verneint worden, kann nun auf Grund dieser letzteren Ausführungen noch die Meinung ausgesprochen werden:

Von den im Entwurf vorgesehenen Liegenschaftscreditformen ist nur die Buchhypothek beizubehalten. Dieselbe kann auch zu Gunsten einer vollstreckbaren Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung erworben werden. Bei Regelung der Buchhypothek ist auf die besonderen Bedürfnisse entsprechend Bedacht zu nehmen, welche in der Richtung der Sicherstellung von künftigen Forderungen (Cautions-, Creditverhältnisse u. s. w.), der Sicherung des Rechtes auf Eintragung von Hypotheken und der Vollziehung des Arrestes in Grundstücke vorhanden sind.

---

[35]) Siegmann, a. a. O. S. 105 ff.

Digitized by Google

XIII.

Gutachten des Herrn Reichsgerichtsrath Loebell zu Leipzig

über die Frage:

Sind die im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Arten des Pfandrechts an Grundstücken einschließlich der Grundschuld beizubehalten?*)

I.

Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs sieht einschließlich der Grundschuld vier Arten der Belastung von Grundstücken mit einer bestimmten Geldforderung oder Geldsumme vor:

I. Die von ihm als die normale eingehend behandelte Hypothek ohne Hypothekenbrief oder Buchhypothek (§§ 1062—1105).

II. Die Hypothek mit Hypothekenbrief oder Briefhypothek (§§ 1106—1124).

III. Die Sicherungshypothek (§§ 1125—1134) mit drei besonders behandelten Unterarten:

1. der Cautionshypothek (§ 1129),
2. der Zwangshypothek (§§ 1130, 1131),
3. der Arresthypothek (§ 1132).

---

*) Zur Erklärung der Abkürzungen in den Citaten: Paragraphenzahlen ohne Zusatz bezeichnen die Paragraphen des Entwurfes, „Motive S." die Seitenzahl im III. Band der Motive zu demselben, „Verhandl." die Verhandlungen des 20. Juristentages; die Abhandlungen von Bähr im 30. Band der Kritischen Vierteljahresschrift und von v. Meibom im 74. Band des Archivs für civil. Praxis, sowie die Schriften von Gierke „Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs", Krech „Die Rechte an Grundstücken" und Kühnast „Die Grundschuld des Entwurfs" sind nur mit den Namen der Verfasser citirt.

Digitized by Google

VI. Die als selbständige, nicht von einer Forderung abhängige Belastung in einen eigenen Titel verwiesene Grundschuld (§§ 1135—1144).

Die Frage, ob diese vier Arten von Hypotheken, worunter hier und in der folgenden Erörterung überall die Grundschuld mit verstanden ist, beizubehalten, hat den Juristentag bereits im Jahre 1889 beschäftigt. Die Berathung war durch ein Gutachten des Justizraths M. Levy (Verhandlungen des 20. Juristentages Bd. III S. 261) vorbereitet, wurde indeß nicht bis zu einem sachlichen Ausspruch gefördert. Vielmehr nahm die Abtheilung nach Anhörung der weit auseinandergehenden Berichte des Geheimen Justizraths Dernburg einerseits, des Präsidenten von Stößer und des Justizraths Weber (München) andererseits, den Antrag Levy,

> in Anbetracht der Unmöglichkeit ausreichender Erörterung und der sonstigen Umstände die Frage dem nächsten Juristentage zu überlassen,

an (a. a. O. Bd. IV S. 238 ff.). Dem Plenum wurde durch den Geh. Justizrath Dernburg Bericht erstattet (a. a. O. S. 434 ff.).

Nunmehr von der ständigen Deputation des Juristentages zur Ertheilung eines Gutachtens über die gestellte Frage aufgefordert, halte ich es für angezeigt, vorweg meine Stellung zu den bisher schriftlich und mündlich abgegebenen Gutachten kurz zu kennzeichnen. Den Standpunkt des Präsidenten v. Stößer, der nach einer übersichtlichen Darstellung der Bestimmungen des Entwurfs und der bis dahin veröffentlichten Kritiken desselben ohne sachliches Eingehen gewissermaßen eine En bloc-Annahme des Entwurfs beantragt, kann ich nicht theilen. Sein erster Grund, daß oft das Bessere der Feind des Guten sei,[1]) würde nur dann in Betracht kommen, wenn wirklich die Gefahr vorhanden wäre, daß die ersehnte einheitliche Gesetzgebung durch Abänderungsvorschläge vereitelt oder ihr Abschluß auf längere Zeit hinausgeschoben werden könnte. Diese Gefahr liegt nicht vor; im Gegentheil, der Umstand, daß eine neue Commission mit der zweiten Lesung des Entwurfs beschäftigt ist, giebt Allen, die sich zu Erinnerungen gegen den Entwurf oder zu Verbesserungsvorschlägen berufen fühlen, dazu Gelegenheit. Daß sich aber gerade der Deutsche Juristentag zur Erörterung der zu entscheidenden Fragen berufen fühlt, lehrt ein Blick in die Tagesordnung der letzten Jahres-Versammlungen, in die letzten Bände seiner Berathungen. Ein in der zweiten Plenarsitzung des 20. Juristentages gestellter Antrag, „über alle Anträge

[1]) a. a. O. S. 267.

Digitized by Google

auf Abänderung des Entwurfs zur Tagesordnung überzugehen", der zweifellos auch von dem Verlangen nach endlichem Zustandekommen des Gesetzbuchs getragen war, fand denn auch nicht die erforderliche Unterstützung.[2]) Der zweite Grund von Stößer: „der Entwurf solle nicht etwa mit eigenem schöpferischen Geiste ein nationales Zukunftsrecht neu schaffen, sondern nur auf der Grundlage des geltenden Rechtes, wie dasselbe durch Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft sich entwickelt hat, unter möglichster Versöhnung der zwischen dem gemeinen, preußischen und französischen Rechte bestehenden Gegensätze das, was Rechtens und bestehenswerth, aufstellen",[3]) zieht die Grenzen des großen Gesetzgebungswerks zu eng und stellt sich in Widerspruch mit der unmittelbar vorher von v. Stößer aufgestellten Forderung derjenigen „Vollkommenheit, welche dem Maße der in der Nation vorhandenen rechtsschöpferischen Kraft entspricht und so vor alsbaldiger Aenderung bewahrt". Wenn wir anerkennen müssen, daß es der bisherigen Gesetzgebung auch in ihrem Ausbau durch Praxis und Wissenschaft nicht gelungen ist, in Anknüpfung an alte Rechtseinrichtungen einen dem wirthschaftlichen Leben unserer Zeit genügenden klaren Rechtszustand auf dem hier in Frage stehenden Gebiete zu schaffen, so darf die rechtsschöpferische Kraft der Nation die jetzt gegebene Gelegenheit, sich zu bethätigen, nicht versäumen. Der dritte Grund, daß es in der Aufgabe und Stellung des Juristentages nicht liege, sich mit Einzelfragen zu befassen,[4]) kann v. Stößer zwar zugegeben werden; er spricht aber nicht gegen die freie Entscheidung der gestellten Frage, sondern nur gegen die Hereinziehung der Einzelheiten in der Ausgestaltung der verschiedenen Arten von Hypotheken.

Justizrath Weber erkärte sich „im Großen und Ganzen" mit v. Stößer einverstanden, führte der Versammlung die „Licht- und Schattenseiten" der einzelnen Arten vor Augen und sprach sich schließlich für volle Freiheit des Verkehrs, gegen den Zwang aus, „eine einzelne bestimmte Form für Grundverpfändung annehmen zu müssen, wenn er (der Verkehr) den Vortheil der Publicität erlangen solle".[5]) Mir scheint dieser Standpunkt einer einheitlichen Gesetzgebungs-Arbeit gegenüber mehr als particularistisch. Einrichtungen, die in einzelnen deutschen Staaten bestanden, sich innerhalb enger Grenzen bewährt haben, den betreffenden Staatsangehörigen lieb und werth geworden sein mögen, sollen nicht

[2]) Verhandlungen Bd. IV S. 411.

[3]) a. a. O. S. 268.

[4]) a. a. O. S. 269.

[5]) a. a. O. S. 275. Auch Gierke S. 368 meint, daß „jede Uniformirung als Gewaltthat empfunden werden wird".

Digitized by Google

etwa bloß für dieſe erhalten bleiben, ſondern auf das ganze Deutſche Reich zur beliebigen Auswahl des betheiligten Publicums[6]) übertragen werden. Gerade weil es darauf ankommt, dem Realcredit einen größeren Verkehrskreis zu eröffnen, iſt es Sache des Geſetzgebers, die Formen zu beſtimmen, in denen ſich der Realcredit, ſoweit er die Vortheile der allgemeinen Verkehrsfähigkeit in Anſpruch nimmt, zu bewegen hat.

Dernburg[7]) ſpricht ſich nach einer auf viele Einzelheiten des Entwurfs eingehenden Kritik, auf welche vielleicht die Verwahrung v. Stößer's gegen die Erörterung von Einzelfragen paſſen würde, für die Briefhypothek als einzige Form aus, während Juſtizrath Levy, „ſofern nicht eine gründliche Reform des Hypothekenrechts zum Zwecke der Sonderung des reinen Immobiliarcredits von dem durch Immobiliarſicherheit verſtärkten Perſonalcredit ſchon jetzt durchführbar erſcheint", zwei Gattungen von Hypotheken, nämlich

1. eine Briefhypothek als rein dingliche Geldforderung mit allen für den Immobiliarcredit und die Begebungsfähigkeit möglichen Privilegien in ausſchließlich unbedingter Form;
2. eine Sicherungshypothek ohne Hypothenbrief und ohne ſolche Privilegien, als Acceſſorium einer perſönlichen Geldforderung ſowohl in unbedingter Form als in bedingter

zulaſſen will.[8])

Ich ſchließe mich im Ergebniß und im Weſentlichen auch in der Begründung dem Levy'ſchen Gutachten an; ich will indeß den Verſuch machen, die den heutigen Verkehrsbedürfniſſen entſprechende Geſtaltung der Hypothek als ſchon jetzt durchführbar darzuſtellen und mich dabei möglichſt an den Entwurf anzulehnen.

II.

Die Vielheit der Formen, die der Entwurf den Betheiligten zur Wahl ſtellt, verdient den Tadel, den ihr Dernburg in den lebhafteſten Farben ertheilt,[9]) durchaus. Handelt es ſich, wie in den Motiven an

---

[6]) Dernburg in ſeinem an das Plenum erſtatteten Bericht kennzeichnet dieſen Standpunkt etwas ſcharf mit den Worten: „Willſt du eine Buchhypothek, ſo haſt du eine Buchhypothek; willſt du eine Briefhypothek, ſo geben wir dir eine Briefhypothek; willſt du eine Grundſchuld, ſo geben wir dir eine Grundſchuld; willſt du eine Sicherungshypothek, ſo bekommſt du eine Sicherungshypothek", a. a. O. S. 438.

[7]) a. a. O. S. 238.

[8]) Verhandlungen Bd. III S. 286.

[9]) ſ. o. Anm. 6. und Verhandl. Bd. IV S. 239 ff., 250.

Digitized by Google

verschiedenen Stellen anerkannt wird,[10]) darum, der Hypothek über ihre Function als Verstärkung des Personalcredits hinaus die Verkehrsfähigkeit zu gewähren oder zu erhalten, so ergiebt sich die Nothwendigkeit, ihr eine klare und einfache Form zu geben.[11]) Je mehr äußere Unterscheidungen zugelassen werden, die, wenn auch geringfügige, materielle Verschiedenheiten zur Folge haben, je mehr Rechtskenntniß also vom Capitalisten verlangt wird, um so weniger wird sich letzterer bereit finden, sein Geld in Hypotheken anzulegen. Wenn schon bisher die Verschiedenheit des formellen und materiellen Rechtes innerhalb Deutschlands einen Schlagbaum für den Hypothekenverkehr bildete, so wird diese Verschiedenheit, auf das ganze Reich ausgedehnt, nicht mehr von der particularen Gesetzgebung, sondern von der Willkür des Einzelnen abhängig, die Prüfung der mit der Hypothek je nach ihrer äußeren Erscheinung verbundenen Rechte und der ihr gegenüber möglichen Einreden so erschweren, daß ein vorsichtiger Familienvater Bedenken tragen sollte, Hypotheken zu erwerben.[12])

Aber auch das Eintheilungsprincip des Entwurfs kann ich nicht als richtig anerkennen. Es handelt sich um zwei Gruppen von Gegensätzen: materiell hat sich im Gegensatz zur accessorischen Hypothek des römischen Rechts die selbständige dingliche Belastung des heutigen deutschen Rechts, die Grundschuld, entwickelt; zunächst nur äußerlich unterscheidet sich von der Buchhypothek, deren Entstehung, Uebertragung und Aufhebung an die Eintragung gebunden ist, die Briefhypothek durch die untrennbare Verbindung des Eigenthums an dem Hypothekenbriefe mit dem Hypothekenrecht, durch die Möglichkeit, die Uebertragung des letzteren mit der Uebergabe des ersteren zu verbinden. Wenn nun der Entwurf Buchhypothek, Briefhypothek, Sicherungshypothek und Grundschuld — letztere allerdings in einem besonderen Titel — unterscheidet, so beruht die Unterscheidung der beiden ersteren auf der formellen Gestaltung, die Unterscheidung der beiden letzteren auf dem materiellen Gegensatz. In Folge dessen schließen die vier Arten sich nicht gegenseitig aus, sondern bewegen sich in zwei Gruppen in einer gewisser Congruenz neben einander. Die rein accessorische Sicherungshypothek kann nur in der Form der Buchhypothek bestellt werden (§ 1127),[13]) während auf die Grundschuld, soweit dies wegen ihrer nicht accessorischen Natur möglich, die Vorschriften über die

---

[10]) Motive S. 16, 598, 694, 765, 787.

[11]) s. a. Bähr S. 518.

[12]) Für die Mannigfaltigkeit der Formen spricht sich Krech S. 115 aus.

[13]) Sie wird deshalb von v. Meibom S. 355 als Unterart der Buchhypothek bezeichnet.

Digitized by Google

Briefhypothek entsprechende Anwendung finden sollen (§ 1136). Dabei soll nicht verkannt werden, daß durch die Verweisung der Grundschuld in einen besonderen Titel und durch die Behandlung der Buchhypothek als die normale Gestaltung, von welcher die Briefhypothek eine formelle, die Sicherungshypothek eine materielle Abart bildet, die Verfasser des Entwurfs äußerlich eine systematische Anordnung hergestellt haben.

Gerade die theilweise Congruenz der beiden Gruppen von Hypotheken führt aber zu der Frage, ob das, was thatsächlich zusammenfällt, nicht grundsätzlich zusammenzulegen ist, ob nicht die Buchhypothek zur ausschließlichen Form nicht bloß für die Sicherungs-, sondern für die accessorische Hypothek überhaupt, die Briefhypothek zur ausschließlichen Form für die mehr oder minder selbständige Hypothek des heutigen Verkehrs zu machen ist.[14]) Bei Untersuchung dieser Frage wird das Interesse des Schuldners und Eigenthümers, des Hypothekengläubigers und der dem letzteren im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zu berücksichtigen sein.

III.

Die accessorische Hypothek setzt ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Schuldner-Eigenthümer und dem Hypothekengläubiger voraus; sie gewährt dem letzteren Sicherheit für seine Forderung; sie findet ihre Realisirung in dem Verkauf des Pfandgrundstücks behufs Befriedigung des Gläubigers. Bei diesem normalen Verlauf sind nur der Schuldner und der Gläubiger betheiligt; er wird sich dem Wesen obligatorischer Verhältnisse entsprechend in kürzerer Zeit abspielen. Die Hypothek wird lediglich im Interesse des Gläubigers bestellt, der entweder Sicherheit für eine schon bestehende Forderung sucht, dieselbe nur gegen Bestellung der Hypothek weiter creditirt oder sich von Anfang an nur gegen hypothekarische Sicherstellung auf das Rechtsgeschäft einläßt. Mit der Tilgung der Forderung geht die Hypothek unter. Dem Schuldner stehen alle aus dem obligatorischen Verhältniß begründeten Rechtsbehelfe auch gegen Geltendmachung der Hypothek entgegen. Auch durch die Uebertragung der Hypothek wird dieses Rechtsverhältniß nicht wesentlich geändert weil sie nur mit der Forderung übertragen werden kann. Ein Eigenthumswechsel in dem belasteten Grundstück verschiebt die Rechtslage, insofern nun neben dem bisher zugleich dinglich verpflichteten Schuldner der nur dinglich verpflichtete neue Erwerber eintritt. Aber auch dieser kann vermöge der accessorischen Natur der Hypothek sich der Einwendungen bedienen,

---

[14]) s. a. Gierke S. 368.

Digitized by Google

die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustanden. Erst durch die Grundbuch-Einrichtung mit all ihren Vortheilen für den Grundstücks- und Hypotheken-Verkehr entstehen für den Fall, daß sich die in den öffentlichen Büchern beurkundete Rechtslage mit dem Bestande des obligatorischen Rechtsverhältnisses nicht mehr deckt, Schwierigkeiten, die sich häufig nicht ohne Schädigung berechtigter Interessen lösen lassen.

Der kurzlebigen Obligation, die ihre Vollendung gerade in ihrer Tilgung findet, steht unser beständigster Verkehrs-Gegenstand, das Grundstück, dem auf Befriedigung drängenden Gläubiger der für Erhaltung seines Eigenthums besorgte Schuldner gegenüber. Verfügt der Schuldner nicht über anderweite Mittel zur Befriedigung des Gläubigers, so muß er, um den Verkauf des Grundstückes abzuwenden, einen neuen Gläubiger suchen, der, um die gleiche Sicherheit wie der vorige zu genießen, dessen Forderung mit der Hypothek erwerben muß. Schon dieser Hergang entspricht nicht der wahren Absicht der Betheiligten. Dem neuen Gläubiger liegt gar nicht daran, die seinem Vorgänger etwa aus einem Kauf- oder anderen zweiseitigen Vertrage zustehende Forderung mit der zu deren Sicherheit bestellten Hypothek zu erwerben; nur auf die Hypothek kommt es ihm an, die ihm Sicherheit gewähren soll für das Geld, das er als Darlehn oder aus irgend einem anderen Rechtsgrunde dem jetzigen Eigenthümer gegeben. Fällt er mit der Hypothek bei der Zwangsversteigerung ganz oder theilweise aus, so wird er zwar sehr geneigt sein, den Besteller derselben aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis in Anspruch zu nehmen,[15]) aber bei dem Erwerb wird er sich in den weitaus meisten Fällen dieser Möglichkeit nicht bewußt gewesen sein, sondern bloß die Real-Sicherheit und vielleicht noch die Creditwürdigkeit des damaligen Eigenthümers ins Auge gefaßt haben. Andererseits würde er sich in seinem guten Rechte gekränkt fühlen, wenn bei der Kaufgelderbelegung gleich- oder nachstehende Gläubiger seine Hypothek anfechten wollten, weil die derselben zu Grunde liegende Forderung überhaupt nicht zu Stande gekommen sei. Je mehr die Hypothekenforderung aus dem zwischen Schuldner und Gläubiger bestehenden obligatorischen Bande heraus in den Verkehr tritt, desto mehr wird das bisherige Accessorium wirth-

[15]) Bähr S. 520: „Thatsächlich creditirt h. z. T. die große Mehrzahl der Gläubiger, welche hypothekarisch ausleihen, in erster Linie dem Grundstück und nimmt die persönliche Verpflichtung des Schuldners nur „accessorisch" mit hinzu." Anders freilich Davidsohn in den „Gutachten aus dem Anwaltstande" S. 1088.

Digitized by Google

ſchaftlich zur Hauptſache, deſto mehr drängt die Hypothek nach Selbſtändigkeit.[16])

Das gilt nicht bloß vom Standpunkt des Gläubigers, ſondern auch von dem des Schuldners. In einfachen Verhältniſſen wird ja noch heutzutage die Hypothek als Sicherheit für eine beſtimmte Schuld, die der Eigenthümer demnächſt abzuzahlen gedenkt, beſtellt werden, die Hypothek auch wirthſchaftlich als Verſtärkung des Perſonal-Credits dienen, ihren acceſſoriſchen Charakter wenigſtens bei der Begründung haben; weit häufiger aber, und nach den in Betracht kommenden Summen bedeutender, ſind die Fälle, wo der Eigenthümer zur Erwerbung, Erhaltung und Verbeſſerung ſeines Beſitzes fremdes Capital heranzieht, Schulden übernimmt, ohne die er ſeinen Beſitz nicht haben noch halten könnte, die er aber andererſeits wirthſchaftlich als nicht ihn, ſondern als das Grundſtück belaſtend betrachtet, von denen er, wenn er das Grundſtück weggiebt, befreit ſein will.

Die vorſtehende Erörterung ſollte anſchaulich machen, daß zwar die acceſſoriſche Hypothek ſich keineswegs überlebt hat, ſondern ihren Platz auch im heutigen Rechtsleben behauptet,[17]) daß aber daneben der Verkehr unſerer Tage, der häufigere Umſatz von Grundſtücken und Hypotheken, eine mehr oder minder ſelbſtändige Hypothek verlangt. Ob der raſche Wechſel im Grundſtücks-Verkehr von der Geſetzgebung zu fördern iſt, braucht hier nicht erörtert zu werden; daß aber die Umſatzfähigkeit der Hypotheken, die Erſchließung des größeren Capital-Markts für dieſelben dem von der Geſetzgebung zu fördernden Intereſſe des Grundbeſitzes dient, bedarf keiner Ausführung.[18])

IV.

Der größere Geſchäfts-Verkehr, der Capital-Markt verlangt nicht nur einfache klare Rechtsverhältniſſe, ſondern auch leichte und ſichere Formen. Der Nachbar, der dem Nachbarn Geld auf ſein Grundſtück leiht, die Schweſter, der der Bruder die eingetragene väterliche Abfindung auszahlt, mögen zur Verlautbarung der betreffenden Rechtsgeſchäfte, zur Veranlaſſung der Eintragung und Löſchung auf das nahe Grundbuchamt

---

[16]) So auch Krech S. 122.

[17]) Gegen Dernburg Verhandl. Bd. IV S. 242.

[18]) Dernburg a. a. O. S. 241. Zutreffend findet Kühnaſt S. 88 in der „durch die Verkehrsmaſchinerie geſteigerten Negociabilität einen gewiſſen Erſatz der Unkündbarkeit".

Digitized by Google

gehen; dem Berliner Capitaliſten, der ein oſtpreußiſches Gut beleihen will, kann man Gleiches nicht zumuthen. Wird zur Abtretung der Buchhypothek außer dem Abtretungsvertrage die Eintragung erfordert,[19]) ſo wird das zwiſchen zwei Berlinern als Cedent und Ceſſionar in Berlin geſchloſſene Geſchäft ſeitens des Cedenten erſt durch die Eintragung bei dem oſtpreußiſchen Grundbuchamt, ſeitens des Ceſſionars durch die in Berlin zu leiſtende Zahlung erfüllt; während eine Leiſtung Zug um Zug im Intereſſe und wie deshalb als Regel zu unterſtellen, in der Abſicht der Betheiligten liegt, muß — unbeſchadet anderer Auskunftsmittel — der Eine oder Andere vorleiſten. Der über die Stadt oder den Bezirk, wo das belaſtete Grundſtück liegt, hinausgehende Hypotheken-Verkehr erfordert deshalb einen beweglichen Träger des Hypothekenrechts, eine Urkunde, deren Inhalt den Betheiligten gegenüber den Inhalt des Grundbuchs vertritt, deren Uebergabe zwar nicht für die Begründung, aber für den Erwerb des Hypothenrechts die Eintragung erſetzt, den Hypotheken- (oder Grundſchuld-) Brief.[20]) Wenn Weber demgegenüber als Schattenſeite hervorhebt,[21]) daß der Verkehr durch die Nothwendigkeit, bei jeder Grundbuchshandlung den Brief vorzulegen, im Fall des Verluſtes deſſelben durch die Kraftlos-Erklärung erſchwert und vertheuert werde, ſo kann doch dieſe theils geringe theils nur in ſeltenen Ausnahme-Fällen eintretende Erſchwerung im Vergleich mit der gerade durch den Hypothekenbrief gewährten Verkehrs-Erleichterung nicht in Betracht kommen; die ſeltenen Fälle des Verluſtes eines Hypothekenbriefes werden überdies meiſtens durch Nachläſſigkeit des Inhabers verſchuldet, der ſich deshalb über die ihm entſtehenden Koſten und Weiterungen nicht beklagen kann. Wollte man aber auch dieſem Einwande eine irgendwie erhebliche Bedeutung beilegen, ſo würde er doch nur gegen die ausſchließliche Briefhypothek, nicht gegen die neben der Buchhypothek zugelaſſene ſprechen. Wer die verhältnismäßig geringe Gefahr des Verluſtes des Hypothekenbriefes fürchtet, mag auf die Vortheile der Verkehrshypothek verzichten; der Capitaliſt oder Geſchäftsmann, durch deſſen Hände öfter Hypotheken gehen, wird ſich gegen den Verluſt der Hypothekenbriefe der Regel nach zu ſchützen wiſſen.

Erſcheint hiernach für den heutigen Hypotheken-Verkehr nicht die ſicher geſtellte Forderung, ſondern die von der Herrſchaft derſelben möglichſt befreite Hypothek wirthſchaftlich als die Hauptſache, erweiſt ſich

---

[19]) §§ 1087, 828.
[20]) Vgl. v. Meibom S. 346.
[21]) Verhandl. Bd. IV S. 273.

Digitized by Google

ferner die Briefhypothek — vorbehaltlich der Abgrenzung gegen die Grundschuld — als die für diesen Verkehr geeignetste Gestaltung, so würde eine wesentliche Vereinfachung, ein Schutz des Verkehrs gegen nicht verkehrsfähige Hypotheken, eine klare Erkennbarkeit für alle Betheiligten gegeben sein, wenn die äußere Unterscheidung, Brief oder nicht, zugleich das Kennzeichen für die materiell-rechtliche Unterscheidung zwischen der heutigen Verkehrshypothek und der alten accessorischen Hypothet bildete.[22]) Mit anderen Worten:

1. die accessorische Hypothek kann nur als Buchhypothek bestellt werden;
2. mit Ertheilung eines Hypothekenbriefes wird die Abhängigkeit der Hypothek von der Hauptforderung wenn nicht aufgehoben (Grundschuld), so doch gemindert (Verkehrs-Hypothek).

V.

Sieht man zunächst von der Grundschuld ab, so wird die Hypothek in ihrem Einzelverlauf denselben Entwicklungsgang wie als Rechts-Einrichtung durchmachen. In ihrer Begründung, wenn ernst gemeint, eng an das obligatorische Verhältniß zwischen Schuldner-Eigenthümer und Gläubiger geknüpft, hat sie den Drang, sich von diesem Bande, sobald es ökonomisch gelöst ist, auch rechtlich zu befreien. Dient sie dann nicht mehr zur Sicherstellung der individuellen Obligation, für die sie bestellt wurde, wird sie ein selbständiger Gegenstand des Verkehrs, dann ist der Augenblick gekommen, wo sie der verkehrsfähigen Form, des Hypothekenbriefs, bedarf: Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek. Dabei sind zunächst betheiligt der Schuldner-Eigenthümer und der Gläubiger; nur mit Uebereinstimmung beider kann die Umwandlung bewirkt werden. Der Gläubiger, der einerseits den persönlichen Anspruch in mehr oder minder großem Umfange aufgiebt, andererseits ein materiell und formell verkehrfähiges Papier erlangt, wird zu erwägen haben, welches Interesse für ihn das stärkere. Der Schuldner, der von der persönlichen Haftbarkeit mindestens von der Zeit ab, wo er das Eigenthum des Grundstücks veräußert, befreit werden will, muß sich dagegen der Einwendungen, die er aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden obligatorischen Verhältnisse erheben könnte, begeben. Die Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek in diesem Sinne wirkt materiell

[22]) S. a. Bähr S. 525.

Digitized by Google

wie ein Anerkenntniß der Hauptforderung.[23]) Der Schuldner wird bei dessen Abgabe nicht ohne wirthschaftlichen Zwang handeln, wenn der Gläubiger einer fälligen Hypothek die Umwandlung fordert, bei deren Nichtbewilligung die Zwangsversteigerung wenn nicht ausdrücklich so doch nach der Sachlage stillschweigend in Aussicht stellt. Dieser Zeitpunkt ist aber auch der geeignete für den Schuldner, sich schlüssig zu machen, ob er den Bestand der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung und damit die Hypothek selbst angreifen will oder nicht. Hat er wirksame Einwendungen gegen dieselbe, so wird er es auf die Geltendmachung der Hypothek ankommen lassen, um die Sache zum Austrag zu bringen; hat er dergleichen nicht, oder werden dieselben durch Verständigung mit dem Gläubiger beseitigt, so hat die Klarstellung dieser Rechtslage durch Ertheilung des Hypothekenbriefes den großen Vortheil, daß zahlreiche Processe, die oft erst bei viel späterer Zwangsversteigerung unter ganz anderen, dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse fremden Personen über den Bestand der Hypothek entstehen, vermieden werden.

Durch die vorstehende, von der accessorischen Buchhypothek ausgehende Erörterung soll nicht etwa ausgeschlossen werden, daß der Eigenthümer die Hypothek von Anfang an als Briefhypothek bestellt. Es ist auch dann Sache des Uebereinkommens zwischen Schuldner und Gläubiger, ob nur Sicherheit für eine vielleicht kurz laufende persönliche Verbindlichkeit oder eine auch nach Lösung der letzteren auf längeren Umlauf berechnete, wesentlich auf der Real-Sicherheit beruhende Verkehrshypothek geschaffen werden soll. Zu verhüten bleibt nur, daß der geschäftsunkundige Grundbesitzer durch eine einzige Handlung, eine Unterschrift, ohne sich der Tragweite derselben voll bewußt zu werden, nicht nur eine Hypothek formell begründet, sondern sich zugleich der wirksamsten Einwendungen gegen dieselbe begiebt. Dieser bei Eintragung einer Grundschuld auch nach dem Entwurf vorliegenden Gefahr wird indeß zu einem Theil schon dadurch vorgebeugt, daß nach § 60 des Entwurfs der Grundbuchordnung der Hypothekenbrief in der Regel dem Eigenthümer — dem Gläubiger nur mit beglaubigter Bewilligung des letzteren — ausgehändigt wird, der Eigenthümer also erst durch eine zweite, füglich Zug um Zug gegen die Gegenleistung vorzunehmende Handlung den Gläubiger zum Inhaber des Hypothekenbriefes macht. Damit aber nicht bloß demjenigen, der die Buchhypothek in eine Brief-

[23]) Aehnlich drückt sich Kühnast S. 93 bezüglich der Grundschuld aus: „Aeußerlich kann man darum die Bewilligung der Eintragung der Grundschuld als eine Bescheinigung der Erledigung der causa auffassen."

Digitized by Google

hypothek umwandelt, sondern auch dem, der von Anfang an eine Briefhypothek bestellt, die Wichtigkeit dieser Unterscheidung zum Bewußtsein kommt, dürfte es sich vielleicht empfehlen, den Kostensatz für die Eintragung ohne Brief möglichst billig, mit Brief erheblich theurer zu bestimmen. Die Grundbuch- und Urkundsbeamten werden dann um so weniger unterlassen, die Betheiligten auf den Unterschied beider Eintragungen aufmerksam zu machen. Der höhere Kostensatz für den Hypothekenbrief ist auch an sich gerechtfertigt, weil durch dessen Ertheilung der Umlauf der Hypothek von weiteren Eintragungskosten befreit wird.

VI.

Bei dem Charakter der gleich- und vorstehenden Hypotheken sind nun freilich die gleich- und nachstehenden Gläubiger ebenfalls betheiligt. Der Entwurf verlangt deshalb deren Einwilligung — wie bei der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine normale (§ 1134) — so auch bei der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld (§ 1144). Zugegeben, daß die Umwandlung der accessorischen Hypothek, welche wegen Nichtbestehens der Forderung von jedem ihr im Range nicht vorgehenden Gläubiger bekämpft werden kann, in eine Grundschuld, die ihren Gegenstand ohne Rücksicht auf eine Forderung ergreift, oder in eine Briefhypothek in dem hier vertretenen Sinne die Möglichkeit einer Benachtheiligung der gleich- oder nachstehenden Realberechtigten enthält,[24]) so liegt die Sache doch erheblich anders als bei der ihr in den Motiven gleichgestellten Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche. Das Wesen der Sicherungshypothek des Entwurfs soll darin bestehen, daß auf dieselbe die für die normale Hypothek geltenden Vorschriften, welche den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf die Forderung erstrecken, keine Anwendung finden, daß also der Eigenthümer in der Vertheidigung gegen den hypothekarischen Anspruch, soweit derselbe sich gegen die Forderung richtet, nicht beschränkt ist,[25]) mit anderen Worten, daß der Eigenthümer die Forderung bestreiten kann, ohne daß ihm die Vermuthung der Richtigkeit aus §§ 1083, 826 entgegensteht;[26]) diejenigen Arten der Sicherungshypothek, deren Charakter als solche am wenigsten bestritten ist, die Cautions- und die Arresthypothek, haben die besondere Eigenthümlichkeit, daß der Betrag der zu sichernden Forderung bei der Eintragung noch nicht feststeht. Wer ein Grundstück beleiht, das mit derartigen

[24]) Motive S. 796.
[25]) Motive S. 620.
[26]) Motive S. 764.

Digitized by Google

Sicherheitshypotheken belastet ist, darf damit rechnen, daß die bezüglichen Forderungen überhaupt nicht oder nicht zum vollen Betrage entstehen oder aus anderen Mitteln des Schuldners befriedigt werden;[27]) er wird sich darüber von dem Schuldner Auskunft geben lassen, kann sich aus dessen Mittheilungen und durch Einsicht des zu Grunde liegenden Urkundenmaterials selbst ein Urtheil bilden, in welchem Maße die Sicherheit seiner Hypothek durch die vorstehenden Sicherungshypotheken gefährdet wird. Keinesfalls kann er aus dem bloßen Inhalt des Grundbuchs entnehmen, daß ihm bei einer demnächstigen Zwangsversteigerung die Sicherungshypotheken zu ihrem Höchstbetrage vorgehen werden. Er würde also durch eine Umwandlung der Sicherungshypothek in eine normale Hypothek in eine ungünstigere Lage versetzt, als er nach dem Inhalt des Grundbuchs bei Erwerbung seiner Hypothek zu erwarten berechtigt war. Wer aber eine Hypothek erwirbt, der normale Hypotheken im Sinne des Entwurfs vorstehen, muß im Gegentheil mit der durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs begründeten Vermuthung der Richtigkeit auch der zu Grunde liegenden Forderungen rechnen; er muß gewärtig sein, daß dieselben bei einer künftigen Zwangsversteigerung vor ihm voll zur Hebung gelangen.[28]) Ein größerer Nachtheil trifft ihn aber auch nicht, wenn an Stelle jener Hypotheken Grundschulden geltend gemacht werden. Der Wegfall vorstehender Hypotheken ist für den nachstehenden Gläubiger ein unverdienter Glücksfall. Für den gewöhnlichen Geschäftsverkehr läßt sich nicht unterstellen, daß jemand eine Hypothek in dem Vertrauen erwirbt, er werde die vorstehenden mit Erfolg anfechten können. Für Ausnahmefälle, in denen dieses Vertrauen sich etwa auf Mittheilungen des Schuldners über die fehlerhafte Entstehung der Hypothek oder ihre thatsächliche Tilgung gründet, in denen der Schuldner die Löschung derselben verspricht, wird das Interesse des Gläubigers auf andere Weise geschützt werden können, z. B. durch Abtretung der Klage des Schuldners gegen den zu Unrecht voreingetragenen Gläubiger. Eine Gesetzgebung, die dem Eigenthümer gestattet, sein Grundstück mit Grundschulden zu belasten, sollte ihn auch nicht hindern, die auf demselben haftenden Hypotheken in Grundschulden umzuwandeln, unbeschadet natürlich der durch das Einführungsgesetz zu schützenden Rechte der nach der bisherigen Gesetzgebung begründeten Realberechtigungen. Auch das

---

[27]) Motive S. 777.

[28]) „Das Interesse der Nachhypothekare wird in den Motiven überall auf das Schärfste betont, ohne daß man die Frage aufwirft, ob dieses Interesse auch ein lebendiges und gefühltes ist." Daus in Gruchot's Beiträgen Bd. 35 S. 59. S. übr. Krech S. 177.

Digitized by Google

preußische Eigenthumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 hat sich in seinem § 29 begnügt, die Einwilligung derjenigen Realberechtigten zu erfordern, welche vor dem Tage seiner Gesetzeskraft eingetragen waren.

Ich würde hiernach die Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek oder Grundschuld ohne Zuziehung der gleich- oder nachstehenden Gläubiger gestatten.

VII.

Bisher habe ich die Briefhypothek in der von mir gewünschten Bedeutung der Verkehrshypothek ohne Unterscheidung von der Grundschuld behandelt. Wenn ich jetzt versuche, den materiellen Gehalt dieser Verkehrshypothek näher zu bestimmen, so glaube ich, zunächst mehr auf praktisch-wirthschaftliche als auf theoretisch-juristische Gesichtspunkte eingehen zu sollen. Die streng accessorische Hypothek des römischen Rechts erfüllte ihren Zweck, dem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung zu gewähren, durch Veräußerung des Pfandgrundstücks; dem socialpolitischen höheren Zweck, eine Form zu gewähren, in der das Capital dauernd dem Grundbesitz dienstbar gemacht werden konnte, den Immobiliarcredit zu begründen, konnte sie erst durch die deutsch-rechtliche Einrichtung der Hypothekenbücher einigermaßen gerecht werden.[29]) So lange aber in unserer Gesetzgebung die römisch-rechtliche Auffassung der Hypothek, nur etwas beschränkt durch den Einfluß des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs, die herrschende war, konnte den Anforderungen des lebendigen Verkehrs, für den die Hypothek Hauptsache, die Forderung Nebensache wurde, nur durch Weiterbildung der römischen Rechtssätze genügt werden. Man kann doch aber die Augen dagegen nicht verschließen, daß die so gewonnenen Ergebnisse, wie sie wissenschaftlich unbefriedigend waren, praktisch den Stoff zu langwierigen und kostspieligen Processen boten. Da scheint es wahrlich an der Zeit, daß der Gesetzgeber das erlösende Wort spricht, der Rechtseinrichtung, die der Verkehr verlangt, die bisher in die nichtpassenden Formen eines für andere Verhältnisse gegebenen, für diese heute noch brauchbaren Gesetzes eingezwängt ist, eine eigene, freie Gestaltung giebt. Der Inhalt derselben ist nach dem Bedürfniß des Verkehrs zu bestimmen; die juristische Construction kann getrost der Wissenschaft überlassen werden.[30])

Ohne an der accessorischen Hypothek in der Form der Buchhypothek zu rühren, soll in dem Folgenden geprüft werden, inwieweit sich in dem

---

[29]) S. a. Windscheid's Pandekten Bd. I §. 229.

[30]) Vgl. Motive S. 610.

Digitized by Google

weiteren Verkehr der Zusammenhang der Hypothek mit der Forderung als wirthschaftlich schädlich erweist.

Die accessorische Hypothek ist Zubehör einer ursprünglich zwischen dem Schuldner-Eigenthümer und dem Gläubiger begründeten persönlichen Forderung; als soches kann sie nur mit der Forderung übertragen werden, jeder neue Hygothekengläubiger tritt auch als Gläubiger in die ursprüngliche Obligation ein, obgleich thatsächlich bei der Verkehrshypothek in den weitaus meisten Fällen die Abtretung nur der einfache Ausdruck für ein doppeltes Geschäft, die Befriedigung des alten Gläubigers durch Aufnahme einer neuen Schuld ist. Mit dem Eigenthum des belasteten Grundstücks geht zwar nicht ohne Weiteres die persönliche Verbindlichkeit auf den Erwerber über; dieser wird an sich nur dinglich verpflichtet, aber auch dies nur nach Inhalt der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung, während der ursprüngliche oder ein inzwischen eingetretener Schuldner oder deren Erben nach wie vor persönlich verpflichtet bleiben. Bei dem durchaus gerechtfertigten Interesse des Eigenthümers, den durch die Grundbucheinrichtung begründeten Rang einer Hypothek im Fall der Befriedigung des Gläubigers nicht den nachfolgenden Gläubigern, die keinen Anspruch darauf haben, zu überlassen, sondern wenn nicht sofort einem neuen Gläubiger einzuräumen, so doch zu diesem Behufe auf dem Wege der Eigenthümerhypothek zu erhalten, bei der nur vom Bestand des Grundstücks abhängigen langen Umlaufszeit der Hypotheken, führt die Anwendung dieser Rechtssätze dahin, daß sich als persönlich berechtigt und verpflichtet schließlich Personen gegenüberstehen, die gegenseitig von ihrem Dasein keine Ahnung haben. Wenn das etwa durch ungünstige Zeiten oder gar durch schlechte Wirthschaft der Besitznachfolger in seinem Werth verringerte Grundstück bei der Zwangsversteigerung zur Deckung der Hypotheken nicht ausreicht, dann erforscht der ausgefallene Gläubiger aus dem seiner Hypothek, deren Rang er vielleicht abgetreten hatte,[31]) zu Grunde liegenden Vertrage den persönlichen Schuldner, nimmt ihn oder seine Erben in Anspruch. Diese haben inzwischen keine Gelegenheit gehabt, die Schicksale der Hypothek zu verfolgen, sie kennen nicht die

---

[31]) Erst in einem Urtheil vom 2. Februar 1892 (III 197/91) hat das Reichsgericht dem persönlichen Schuldner gegen den Anspruch des Gläubigers, der die Hypothek nicht in dem Range abtreten konnte, wie er z. B. der Kenntniß des Gläubigers von der Schuldübernahme bestand, die exceptio doli generalis gegeben. Vgl. übr. Dungs „Vorrechtseinräumung" in Gruchot's Beitr. Bd. XXXIII S. 32 und Dernburg in den Verhandl. Bd. IV S. 248.

Digitized by Google

Rechtsgeschäfte, auf Grund deren die vielfachen Uebertragungen derselben stattgefunden haben, wissen nicht, wie sie sich gegen den erhobenen Anspruch vertheidigen sollen.

Ist es richtig, daß der Geldgeber im Immobilienverkehr nur die reale Sicherheit und allenfalls die persönliche Creditwürdigkeit des zeitigen Eigenthümers prüft,[32]) dann ist es nicht erforderlich, ihm den persönlichen Anspruch gegen den Vorbesitzer zu geben. Der Regel nach *will* er denselben gar nicht erwerben, ist sich desselben gar nicht bewußt. Zur Illustration kann ich einen Fall berichten, bei dem ich als Erbe eines Berliner Hausbesitzers betheiligt war. Erblasser hatte das mit mehreren kleinen Hypotheken belastete Haus vor der jetzt geltenden Preuß. Grundbuchgesetzgebung verkauft; Käufer hatte die Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, die Befreiung des Verkäufers von der persönlichen Verbindlichkeit aber nicht beschafft. Jahre waren vergangen, das Haus hatte seinen Herrn mehrfach gewechselt, war vortheilhaft ausgebaut; ein hochstehender, juristisch gebildeter Beamter hatte ein bedeutendes Capital zur „ersten Hypothek" gegeben, welche dadurch hergestellt war, daß ihm sämmtliche zur Besitzzeit meines Erblassers eingetragenen kleinen Hypotheken abgetreten wurden. Um Klarheit zu erlangen, fragte ich bei dem neuen Gläubiger an, ob er den persönlichen Anspruch gegen meinen Erblasser miterworben zu haben glaubte und, falls ja, ob er auf denselben bei der unzweifelhaft vorhandenen Realsicherheit verzichten wollte. Er antwortete, daß er die Hypothek als sichere Capitalanlage erworben und sich nicht darum gekümmert habe, ob irgend welche Vorbesitzer des Hauses für dieselbe verpflichtet sind, daß er aber dennoch nicht in der Lage sei, auf ihm möglicherweise zustehende Rechte zu verzichten. Erst meine Vorstellung, daß ich, ohne Rücksicht auf den zwischen ihm und dem zeitigen Grundstücks-Eigenthümer für eine Reihe von Jahren vereinbarten Ausschluß der Kündigung, ihm das Capital kündigen würde, bewog den Gläubiger, mich aus der persönlichen Verbindlichkeit zu entlassen. Da sich damals der Häuser- und Hypotheken-Verkehr in aufsteigender Richtung bewegte, konnte ich an eine Kündigung — deren Berechtigung mir beiläufig von manchem Collegen bestritten wurde[33]) —

---

[32]) Schon die neurevidirte Willkür der Stadt Danzig von 1761—1783 sagte: „So wie des Creditors Absicht nicht sowohl auf des debitoris Person als vielmehr auf das Pfand gerichtet ist", zog daraus aber auch den Schluß: „Also kann kein creditor, der sein Geld auf ein Erbe jure hypothecae hat verschreiben lassen, sich an des debitoris Person oder anderweitige Güter desselben halten, sondern ist lediglich an sein Pfand gebunden." Kühnast S. 86.

[33]) S. übr. § 1079.

Digitized by Google

denken, ohne selbst in Verlegenheit zu gerathen. Hätte ich damals die persönliche Verbindlichkeit nicht gelöst und wäre dann ein Niedergang der Geschäfte eingetreten, wäre es zur Zwangsversteigerung gekommen, von der ich keine Nachricht und wahrscheinlich auch keine Kenntniß erhalten hätte, so lag die Möglichkeit nahe, daß der Gläubiger — vielleicht sogar als Ersteher — mit einem Theil seiner Forderung ausfiel und mich für den Ausfall in Anspruch nahm. Der Erfolg wäre also gewesen: auf Seiten des Gläubigers ein von ihm nicht in Rechnung gezogener Vortheil, mindestens Ausgleichung eines Schadens aus den Mitteln eines für ihn Fremden; auf Seiten des Schuldners Heranziehung zu einer Leistung, deren wirthschaftliche Deckung, das Grundstück, längst nicht mehr oder überhaupt nicht in seinem Besitz war, Erfüllung einer Verbindlichkeit, deren Fortbestand für ihn außer seiner Berechnung lag.

Eine solche Verewigung persönlicher Verbindlichkeiten, deren unerwartete Geltendmachung leicht wirthschaftliche Existenzen vernichten kann, zu Gunsten von Gläubigern, die an den Fortbestand und Erwerb des persönlichen Anspruchs nicht gedacht haben, erscheint nicht empfehlenswerth. Einen gewissen Schutz gegen dieselbe gewährt § 41 des preußischen Eigenthumserwerbs-Gesetzes vom 5. Mai 1872, nach welchem der Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei wird, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer gekündigt und innerhalb sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat. Dieser Schutz ist indeß nach dem letzten Absatz des Paragraphen so lange unwirksam, als die Kündigung ausgeschlossen ist. Und doch wird die Kündigung wohl in den meisten Fällen weniger darum ausgeschlossen, um dem Schuldner eine Zahlungsfrist zu gewähren, als um den Hypothekenstand auch mit Rücksicht auf einen Verkauf auf längere Zeit zu ordnen. Aber auch diesen Schutz mißbilligt und versagt der Entwurf trotz Anerkennung der schlimmen Lage des Veräußerers.[34])

Es ist aber nicht allein das in diesem Fall im Vergleich zum Gläubiger der Berücksichtigung würdigere Interesse des Schuldners, sondern auch das Bedürfniß des Geschäftsverkehrs, was gegen den Fortbestand der persönlichen Verbindlichkeit spricht. Im Gegensatz zum Wechsel, der, soweit er Gegenstand des Handelsverkehrs ist, eine kurze Umlaufszeit hat, dessen Werth nach dem Credit der aus demselben verpflichteten Personen beurtheilt wird, wird die Sicherheit und damit der Werth der Hypothek, für die das

---

[34]) §§ 315, 318 Motive Bd. II S. 148 ff. S. a. Krech S. 141. Dernburg S. 247.

Digitized by Google

belastete Grundstück die dauernde Grundlage bildet, deren Umlauf den Fortbestand einzelner Personen überdauert, nach objectiven, mehr oder minder allgemein gültigen Merkmalen geschätzt. Größe und Reinertrag der ländlichen, Lage, Bauart und Nutzungswerth der städtischen Grundstücke sind entweder aus dem Hypothekenbrief ersichtlich oder doch sonst dem Erwerber einer Hypothek leicht zugängliche Thatsachen, während die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, wenn sonst das Grundstück Deckung bietet, der Regel nach nicht in Frage kommt. Schon der Umstand, daß für die Hypothek ein persönlicher Schuldner haftet, mag dadurch auch ihr Werth im einzelnen Falle erhöht werden, bringt ein Element der Unsicherheit in die Werthschätzung. Die Unsicherheit wird vermehrt, wenn die Frage der persönlichen Haftung von Thatsachen beeinflußt wird, die wie die Schuldübernahme durch den Käufer und deren Genehmigung durch den Gläubiger, weder aus dem Grundbuch noch aus dem Hypothekenbrief ersichtlich sind.

Ich komme zu dem Ergebniß, daß das Fortbestehen der persönlichen Verbindlichkeit nach Veräußerung des Grundstücks lästig für den Schuldner, der Regel nach ohne Interesse für den Gläubiger, nur geeignet ist, den soliden Hypothekenverkehr zu erschweren.

Ich sage den soliden Hypothekenverkehr, weil ich angesichts des vorher gegebenen Beispiels den Einwurf erwarten muß, daß es sich im Hypothekenverkehr nicht bloß um gute „erste" Hypotheken, sondern auch um fernere Eintragungen handelt. Indeß entweder sind dies Hypotheken, die ungeachtet ihres späteren Ranges noch volle Realsicherheit bieten: dann sind sie gleich den ersten fähig, am soliden Hypothekenverkehr theilzunehmen; oder die Realsicherheit erscheint bedenklich: dann dienen sie nur zur Verstärkung des Personalcredits; wer unter solchen Umständen Geld hergiebt, mag sich eine Buchhypothek einräumen lassen oder, wenn ihm eine schon im Umlauf befindliche Briefhypothek abgetreten wird, neben derselben eine neue persönliche Verbindlichkeit begründen lassen, denn bei Hypotheken zweifelhafter Sicherheit ist allerdings die Persönlichkeit des Schuldners von maßgebender Bedeutung.[35])

Nun ist freilich nicht unbekannt, daß auch derartige und noch schlechtere Hypotheken im Kreise gewisser zweifelhafter Geschäftsleute von Hand zu Hand gehen. Der Eigenthümer, der seinen zum vollen Werth verschuldeten Besitz nicht halten kann, dem die Zwangsversteigerung schon droht, stellt

---

[35]) So Krech S. 142.

Digitized by Google

Hypotheken aus, die er einem solchen Geschäftsmanne überläßt, sei es gegen eine geringe Baarzahlung, sei es gegen das Versprechen späterer Zahlung des Erlöses. Die Hypothek wird innerhalb des bezeichneten Kreises weiter geschoben, bis es gelingt, sie einem Unkundigen, der dann aber auch dem Briefe, nicht dem persönlichen Schuldverhältnisse traut, zu verkaufen oder bei einem anderen Geschäft in Zahlung zu geben. Gelingt dies nicht, so wird der Geschäftsmann, bei dem die Hypothek „hängen bleibt", seinen Anspruch schonungslos, mit allen Rechtsbehelfen, dinglichen und persönlichen, gegen Eigenthümer und Schuldner, gegen gleich- oder vorstehende Gläubiger durchführen. Ich glaube nicht, daß es Aufgabe der Gesetzgebung ist, im Interesse solcher Gläubiger eine dem soliden Verkehr entbehrliche und schädliche Einrichtung fortbestehen zu lassen.

VIII.

Erscheint nach den Ausführungen unter VII. die Loslösung der Hypothek von der persönlichen Verbindlichkeit erst mit der Veräußerung des Pfandgrundstücks geboten, so fragt es sich weiter, ob es von wesentlichem Interesse ist, den Zusammenhang zwischen beiden bis zu diesem Zeitpunkt aufrecht zu erhalten. Ich würde diese Frage, welche die Grenzlinie gegen die Grundschuld bezeichnet, für die von mir vorgeschlagene Verkehrshypothek unter der Voraussetzung, daß neben derselben die accessorische Hypothek in Form der Buchhypothek eingeführt wird, verneinen.

Der Belastung eines Grundstücks mit einer Geldsumme wird fast ausnahmslos eine obligatorische Beziehung zwischen dem die Eintragung bewilligenden Eigenthümer und dem aus der Eintragung Berechtigten zu Grunde liegen, sei es, daß sie schon vor der Eintragung besteht, sei es, daß sie erst mit dieser und der Aushändigung des Hypothekenbriefes begründet werden soll, sei es endlich, daß ihre Entstehung noch vom Eintritt eines Tages oder Erfüllung einer Bedingung abhängt. Für die persönliche Verbindlichkeit haftet der Schuldner nicht bloß mit dem Grundstück, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen; andererseits kann der Schuldner dem persönlichen Anspruch, der Schuldner-Eigenthümer auch dem Anspruch aus der Hypothek diejenigen Einwendungen entgegensetzen, die sich in dem persönlichen Rechtsverhältnisse gründen.[36])

Wenn nun dieser in der accessorischen Buchhypothek zum Ausdruck gebrachte Zusammenhang zwischen Forderung und Hypothek nicht etwa von Rechtswegen durch Veräußerung des Pfandgrundstücks aufgehoben,

[36]) § 1084.

Digitized by Google

sondern durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger, der den über die Haftung mit dem Grundstück hinausgehenden persönlichen Anspruch aufgiebt, und dem Schuldner, der sich der Einwendungen aus dem persönlichen Rechtsverhältniß begiebt, gelöst werden soll, so bietet — wie schon unter V. erörtert — gerade diese Vereinbarung den geeigneten Zeitpunkt, das Rechtsverhältniß klar zu stellen. Ist dies aber geschehen, hat sich der Schuldner überzeugt, daß ihm keine Einwendungen mehr zustehen, oder ist er bereit, auf die ihm etwa zustehenden zu verzichten, erachtet der Gläubiger die durch das Pfandgrundstück gebotene Sicherheit für genügend, so liegt kein Grund vor, die aus dieser Sach- und Rechtslage sich ergebenden Vortheile für beide Theile, die Befreiung von der vollen persönlichen Verbindlichkeit für den Schuldner, die Erlangung einer einwandfreien Hypothek, eines verkehrsfähigen Papiers für den Gläubiger, länger hinauszuschieben.

Soll also hiernach der Zusammenhang zwischen Forderung und Hypothek durch die Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek mit sofortiger Wirkung gelöst werden, so fragt es sich nur noch, ob etwas entgegensteht, die Verkehrshypothek sofort als selbständige einzutragen. Ein Hinderniß würde ich als gegeben betrachten, wenn nicht neben der Verkehrshypothek die Buchhypothek eingeführt und dadurch dem Bedürfniß des Gläubigers oder Schuldners nach einer accessorischen Hypothek genügt würde. Gegenüber der accessorischen Buchhypothek zwei Arten von mehr oder minder selbständiger Verkehrshypothek, die Briefhypothek und die Grundschuld, zuzulassen, erscheint aber um so mehr überflüssig, als für die Briefhypothek das obligatorische Band durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gelockert ist und auf dem Wege der Eigenthümerhypothek gelöst werden kann, bei der Grundschuld dem Eigenthümer freisteht, sich für dieselbe auch persönlich verbindlich zu machen. Die Rücksicht auf den geschäftsunkundigen Schuldner ist oben unter V. gewürdigt; dieselbe würde jedenfalls der Zulassung der Grundschuld in gleichem Maße entgegenstehen. Je mehr Formen aber gegeben werden, um ein in der Hauptsache gleiches wirthschaftliches Bedürfniß zu befriedigen, desto größer wird auch die Gefahr, daß der Unkundige durch die ihm unverständlichen Verschiedenheiten der Form geschädigt werde.

Die Abstreifung des obligatorischen Bandes, die auf der einen Seite die Beschränkung der Haftung auf das Pfandgrundstück hervorbringt, muß auf der anderen Seite, um die Hypothek verkehrsfähig zu gestalten, die Wirkung haben, daß der Schuldner sich der Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältniß begiebt, so daß an Stelle des mit der (Buch-) Hypothek anfangs verbundenen oder der (Brief-) Hypothek zu Grunde

Digitized by Google

liegenden besonderen Verpflichtungsgrundes das abstracte Schuldversprechen des § 683 des Entwurfs tritt. Weder der Schuldner noch der spätere Eigenthümer, der nicht zugleich Schuldner ist, noch die gleich- oder nachstehenden Gläubiger, deren Recht, wenn auch durch das Gesetz als selbständiges anerkannt, in Wahrheit doch aus dem Recht des Schuldners abgeleitet ist,[37]) können der Hypothek Einwendungen aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnisse entgegensetzen. Das ist der materielle Vortheil für den Verkehr, daß die Briefhypothek der Gefahr entrückt wird, aus Gründen angefochten zu werden, die sich aus dem Grundbuch und dem Hypothekenbrief nicht in ihrer vollen Bedeutung übersehen lassen können, daß der vorsichtige Geschäftsmann — von gewissen unvermeidlichen Fällen z. B. der bei der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypothek abgesehen — nicht Gefahr läuft, ein materiell unwirksames Papier zu erwerben. Dieser Vortheil ist für den Hypothekenverkehr höher zu veranschlagen, als der in der Einschränkung der persönlchen Verbindlichkeit etwa liegende Nachtheil.

Ich trage also kein Bedenken, die Verkehrshypothek von Anfang an selbständig zu gestalten, so daß der Anspruch aus der Hypothek ohne Rücksicht auf den derselben zu Grunde liegenden besonderen Verpflichtungsgrund besteht, der Schuldner aber nur mit dem Pfandgrundstück für denselben haftet.

IX.

Wo, wie nach der preußischen Grundbuch-Gesetzgebung vom 5. Mai 1872, Hypothek und Grundschuld einander gegenüberstehen, erscheint allerdings die Angabe des Schuldgrundes und die Vorlegung der Schuldurkunde das geeignetste Unterscheidungsmittel zwischen beiden. Ebenso ist, wenn nach dem Entwurf drei Arten von accessorischer Hypothek bestehen sollen, in allen diesen Fällen — im Gegensatz zur Grundschuld — das Dasein einer Geldforderung und deren Erwähnung in der Eintragungsbewilligung und in der Eintragung geboten. Dieses Erforderniß hat indeß nach dem Entwurf eine mehr akademische Bedeutung, da der schon erwähnte § 683 ein schriftliches Schuldversprechen oder Anerkenntniß auch ohne Angabe eines besonderen Verpflichtungsgrundes für gültig erklärt. Steht es danach dem Eigenthümer frei, ein Zahlungsversprechen ohne materielle causa auszustellen, und dessen Eintragung als Briefhypothek zu bewilligen, so ist ein praktischer Unterschied zwischen dieser

---

[37]) Gegen Krech S. 133.

Digitized by Google

Briefhypothek und der Grundschuld nur insofern vorhanden, als der Schuldner für das abstrakte Schuldversprechen auch mit seinem übrigen Vermögen haftet, eine Haftung, deren es für die Verkehrshypothek nicht bedarf.

Wenn man mit der mecklenburgischen Gesetzgebung eine einheitliche Hypothek aufstellen, nach Dernburg's Vorschlag[38]) nur die Form der Briefhypothek anerkennen will, so muß man innerhalb dieser einen Form auch dem nicht wegzuleugnenden Bedürfniß der accessorischen Hypothek durch Zulassung der Angabe des Schuldgrundes Befriedigung gewähren. Dernburg, der in dieser Richtung weiter geht, kann zugegeben werden, daß der Staat ein Interesse daran hat, „daß nicht taube Grundschuldbriefe ohne gehörige materielle Motive zur Geltung kommen". Aber wie will man das hindern? Soll das Gesetz in allen Fällen die Angabe des Schuldgrundes verlangen? Dann würden der Schwindler aus Bosheit, der Unerfahrene aus Dummheit einen Schuldgrund angeben, der in Wahrheit nicht vorliegt, durch die Eintragung aber unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gestellt würde. Ein großer Theil dieser auf falschem Grunde entstandenen Hypotheken (z. B. die für den Geschäftsvermittler A ohne Valuta eingetragene Verkehrshypothek) würde im weiteren Verkehr nachträglich (z. B. durch Hingabe des Darlehns an den Schuldner seitens des Capitalisten B gegen Cession des A) sein „materielles Motiv" finden. Verdient wirthschaftlich betrachtet der Bestand dieser Hypotheken die nach § 1084 Abs. 2 zulässige Anfechtung? Soll um derjenigen Hypotheken willen, denen die obligatorische Grundlage nicht bloß rechtlich, sondern auch in ihrem wirthschaftlichen Erfolge fehlt, die doch glücklicherweise eine verschwindende Ausnahme machen, jeder Erwerber einer Hypothek genöthigt sein, sich von der Gewißheit des angegebenen Schuldgrundes zu überzeugen? Verneint man diese Fragen mit mir im Interesse des Immobiliarcredits, überläßt man es dem Schuldner, sein Rückforderungsrecht oder seinen Schadensanspruch gegen den geltend zu machen, der ohne Rechtsgrund in den Besitz der Hypothek gelangt ist, dann erweist sich für die Verkehrshypothek die Angabe des Schuldgrundes als entbehrlich, als den Credit schädigend.

Der Standpunkt Levy's, mit dem ich mich sonst fast durchgehends in Uebereinstimmung befinde, zu dieser Frage ist mir nicht ganz klar geworden. Er meint, und darin stimme ich ihm bei, daß nur zwei Formen der Hypothek sich als nothwendig ergeben: die Briefhypothek und die

[38]) Verhandlungen Bd. IV S. 250.

Digitized by Google

Sicherungshypothek, kennzeichnet aber dann die erstere als „eine rein dingliche Forderung unter Angabe des Rechtsgrundes", die letztere als „eine Personalforderung (sei es ohne oder mit Angabe der causa) verstärkt durch hypothekarische Sicherheit".[39]) Nun will mir nicht einleuchten und ich habe in dem Gutachten vergeblich nach einem Grunde gesucht, weshalb die accessorische Hypothek auch ohne causa, die rein dingliche Forderung nur mit causa zugelassen werden soll. Vielleicht gehe ich nicht fehl, wenn ich diesen anscheinenden Widerspruch aus der Vorsicht herleite, aus der Levy sich enthalten hat, „einer radicalen Reform das Wort zu reden".[40]) Da er aber später das praktische Bedürfniß für die Grundschuld nachweist,[41]) so erledigt sich damit auch die an jene eine bedenkliche Stelle angeschlossene offene Frage, ob neben den beiden Formen der Hypothek „noch eine rein dingliche Formalobligation ohne Angabe des Rechtsgrundes (Grundschuld) zuzulassen".

X.

Soll nach meinen Ausführungen zu VIII. und IX. die Verkehrshypothek von Anfang an selbständig ohne Rücksicht auf ein besonderes persönliches Schuldverhältniß, also auch ohne Angabe eines Schuldgrundes bestehen, der Schuldner aber nur mit dem Pfandgrundstücke für den Anspruch aus der Hypothek haften, so bleibt die weitere Frage, welchen Inhalt dieser Anspruch hat. Der juristisch unbefangene Gläubiger, gleichgültig ob er ein Darlehn gegen hypothekarische Sicherstellung gegeben oder eine Grundschuld behufs Capitalsanlage gekauft hat, wird geneigt sein zu glauben, er könne Zahlung der eingetragenen Summe von dem Eigenthümer der Pfandgrundstücke beanspruchen,[42]) wenn er sich dabei auch bewußt ist, daß er im Falle der ausbleibenden Zahlung Zwangsvollstreckung nur in das Grundstück erwirken kann. Der Entwurf erkennt eine Zahlungspflicht des Eigenthümers nicht an; das Recht aus der Hypothek wie aus der Grundschuld geht nur dahin, wegen einer bestimmten Geldforderung, bei der Grundschuld-Geldsumme, Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung zu verlangen.[43]) Die Motive, denen die abweichende Auffassung des „gewöhnlichen Lebens" nicht fremd geblieben ist, rechtfertigen

[39]) Verhandlungen Bd. III S. 265.
[40]) a. a. O. S. 262.
[41]) a. a. O. S. 282, 283.
[42]) S. v. Meibom S. 338, 339.
[43]) §§ 1062, 1075, 1135.

Digitized by Google

die Vorschriften des Entwurfs mit der accessorischen Natur der Hypothek,[44]) finden aber selbst die Betonung des Anspruchs auf Beitreibung aus dem Grundstück so scharf, daß sie daraus die Nothwendigkeit folgern, das Recht des Eigenthümers, den Gläubiger zu befriedigen, im Gesetz (§ 1080) besonders hervorzuheben.[45]) Die theoretische Berechtigung soll dem Standpunkt des Entwurfs nicht streitig gemacht werden;[46]) ob aber die Construction einer Schuld des Eigenthümers — beschränkt auf das Pfandgrundstück, nicht wie in Hamburg und Lübeck subsidiär auf das übrige Vermögen desselben ausgedehnt[47]) — den Bedürfnissen des Verkehrs nicht in höherem Maße gerecht wird, ist eine andere Frage.

Der Entwurf selbst trägt denn auch diesen Bedürfnissen einigermaßen Rechnung. Während die Motive zu § 1075 die Bezeichnung des Eigenthümers als Schuldner ablehnen, die praktischen Zwecke ohne die Construction der Schuld des Eigenthümers erreichen wollen,[48]) wird in dem dort in Bezug genommenen § 1079 bei den auf Kündigung gestellten Forderungen der Eigenthümer in die Obligation hineingezogen: in Ansehung des Anspruchs aus der Hypothek soll ihm gekündigt werden, soll er statt des Schuldners kündigen. Die Motive zu diesem Paragraphen sprechen denn auch von dem „Fall, daß der Eigenthümer nicht der (persönliche) Schuldner ist", machen also, wenn auch nur in Parenthese dem gewöhnlichen Leben das Zugeständniß eines dinglichen Schuldners und verwerfen im Punkte der Kündigung die Meinung, „die unverkennbar die accessorische Natur der Hypothek für sich hat", mit folgender Erwägung:

> „Allein es kommt hier nicht sowohl darauf an, die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung streng durchzuführen, als vielmehr darauf, die Hypothek verkehrsfähig zu gestalten.
>
> Im Verkehr aber würde man es in dem weitaus größten Theile Deutschlands nicht verstehen, wenn der Anspruch aus einer auf Kündigung stehenden Hypothek gegen den Eigenthümer zugelassen würde, obschon eine Kündigung nur dem persönlichen Schuldner zugegangen wäre." [49])

---

[44]) Motive S. 676.
[45]) Motive S. 690.
[46]) S. a. v. Meibom S. 376; Krech S. 112.
[47]) Motive S. 779, 780.
[48]) Motive S. 676.
[49]) Motive S. 688.

Digitized by Google

Sollte es nicht überall mehr darauf ankommen, die Hypothek verkehrsfähig zu gestalten, als das Dogma ihrer accessorischen Natur streng durchzuführen? Die Kündigung bedeutet doch nichts Anderes als eine Aufforderung zur Zahlung. Wie soll man es dann verstehen, daß man genöthigt wird, zur Zahlung den aufzufordern, der nicht verpflichtet ist?

Auch hinsichtlich der Kündigung der Grundschuld behandelt der Entwurf den Eigenthümer wie einen (natürlich nicht persönlichen) Schuldner.[50]) Wenn sodann die §§ 1140, 1141 dem Grundschuldgläubiger einen Anspruch auf Verzugszinsen gewähren, „wenn gegenüber dem Eigenthümer die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommen würde", und rückständige Grundschuldzinsen nach den Vorschriften für rückständige Hypothekenzinsen behandeln wollen: so ist man sich auch hierbei bewußt gewesen, daß die strenge Durchführung des dinglichen Rechts „die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld erheblich beeinträchtigen" würde, und hat deshalb den Anspruch auf Verzugszinsen gerade so begründet, „wie sich ergeben würde, wenn der Eigenthümer persönlich die Grundschuldsumme schuldete", und bei Behandlung der rückständigen Grundschuldzinsen „unterstellt, der Eigenthümer des Grundstücks schulde die Zinsen dem Gläubiger".[51]) Nur gegen eine persönliche Verpflichtung des Eigenthümers verwahren sich die Motive auch an dieser Stelle. Eine solche ist auch für die Verkehrshypothek nicht erforderlich.

Die Motive verhehlen sich weiter nicht, daß die §§ 555, 628, 702 No. 5 C.P.O. für den Urkunden-Proceß, das Mahnverfahren und die Ausstellung vollstreckbarer Urkunden einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme voraussetzen, und daß die durch diese Einrichtungen bedingte schnelle und minder kostspielige Geltendmachung der Hypothek für die Verkehrsfähigkeit derselben erheblich ist. Sie vertrösten den Verkehr in dieser Beziehung auf das Einführungsgesetz, in welchem vorgeschrieben werden könne, daß auch der hypothekarische Anspruch als Geldforderung im Sinne jener Paragraphen zu gelten habe.[52]) Der Entwurf des Einführungsgesetzes hat diese Anweisung nicht honorirt.[53]) Man wird also, wenn anders man die Wohlthat der bevorzugten Prozeßarten der Hypothek erhalten will, auch hier unterstellen müssen, der Eigenthümer schulde eine bestimmte Geldsumme. Damit stimmt denn auch die Gepflogenheit der preußischen und sächsischen Praxis überein,

---

[50]) § 1139.
[51]) Motive S. 790, 791.
[52]) Motive S. 676.
[53]) Krech S. 124.

Digitized by Google

Trotz § 37 des Preuß. Gef. vom 5. Mai 1872, welches den Hypotheken- und Grundschuld-Gläubigern nur die dingliche Klage gegen den Eigenthümer giebt, trotz § 424 des Sächs. Bürgerl. Gesetzb., welcher mit § 1075 des Entwurfs inhaltlich übereinstimmt, wird der Klage-Antrag in Preußen wie in Sachsen auf Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück gerichtet. Ob es aber möglich sein wird, diese der mecklenburgischen Auffassung der Hypothek als Real-Obligation entsprechende Praxis aufrecht zu erhalten, wenn der Entwurf Gesetz wird, scheint doch gegenüber der mehrerwähnten scharfen Betonung der Natur des dinglichen Rechts in den Motiven sehr fraglich. Wenn die Motive die Ausnahme, die das Gesetz bei der Kündigung und bei den Grundschuld-Zinsen macht, ausdrücklich als solche rechtfertigen, wird der Richter wohl Bedenken tragen, eine andere Ausnahme aus eigener Machtvollkommenheit zu machen.

Warum will man aber auch der Wissenschaft und Rechtsprechung die Lösung jetzt schon vorliegender Zweifel überlassen, wenn der Gesetzgeber dieselben mit einem Schlage lösen kann? Die Motive sagen hierüber:

> „Es kann freilich auch hier die Frage aufgeworfen werden, ob eine Schuld sich mit der Beschränkung begründen läßt, daß der Gläubiger seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nur aus einem bestimmten Vermögensstücke des Schuldners suchen dürfe. Allein ein sachenrechtliches Bedürfniß zur principiellen Entscheidung dieser Streitfrage des Obligationenrechts ist nicht anzuerkennen.[54])

XI.

Mir will es scheinen, daß, wenn überhaupt ein Bedürfniß zur Entscheidung dieser Frage besteht, es außer für die Redaktoren für Niemand von Interesse ist, ob dieses Bedürfniß im sachen- oder obligationenrechtlichen Theil befriedigt wird. Das Bedürfniß an sich wird aber von den Motiven nicht geleugnet und ist in der That vorhanden. Wenn nämlich die aufgeworfene Frage bejaht wird, so fällt die Nothwendigkeit fort, Briefhypothek und Grundschuld als Formen der Verkehrs-Hypothek neben einander bestehen zu lassen.[55]) Die Motive verneinen die Fähig-

---

[54]) Motive S. 611.

[55]) v. Meibom S. 340 billigt die Beibehaltung beider Rechtsformen aus Rücksicht auf den geltenden Rechtszustand, Krech S. 111 aus rein theoretischen Gründen; s. jedoch auch S. 140.

Digitized by Google

keit der Hypothek, dieselben Zwecke wie die Grundschuld zu erfüllen, vor allem deshalb, weil „der Eigentümer nicht selten ein Interesse daran hat, Capital auf sein Grundstück aufzunehmen, ohne sich persönlich haftbar machen zu müssen".[56]) Dieser in Wahrheit den Ausschlag gebende Grund würde fortfallen, wenn das Gesetz gestattete, eine Schuld mit der Beschränkung zu begründen, daß der Gläubiger seine Befriedigung nur aus dem Grundstücke, nicht aus dem übrigen Vermögen des Schuldners suchen dürfe. Statt „der scharfen Abgrenzung der einen Belastungsform gegen die andere", die der Entwurf sich zur Aufgabe gestellt hat,[57]) die schließlich nur den Theoretiker befriedigt und, wie vorher an den §§ 1140, 1141 gezeigt ist, zum praktischen Gebrauch doch von ihrer Schärfe nachlassen muß, würden wir dann für die Struktur des Gesetzbuchs den auch von den Motiven anerkannten Gewinn einheimsen, daß „dasselbe an einer Rechtsform für die Bethätigung des Realkredits sich genügen lassen könnte".[58]) Wenn die Motive an derselben Stelle dennoch eine Verschmelzung der Hypothek mit der Grundschuld durch den begrifflichen Gegensatz für ausgeschlossen erachten, so opfern sie eben die Anforderungen des Lebens der Formel des Systems, während sie doch auf der folgenden Seite die juristische Construktion getrost der Wissenschaft überlassen.

Tritt man der Frage selbst näher, so ist die strenge Auffassung des älteren römischen Rechts von der Obligation, deren Ausflüsse einerseits die Schuldknechtschaft, andererseits die Unmöglichkeit der Abtretung des Gläubigerrechts waren, schon im römischen Recht den Anforderungen der Humanität und des Verkehrs mehr und mehr gewichen. Heut zu Tage ist es unbestrittenes Recht, daß die Forderung als solche auf einen anderen Gläubiger übertragen werden kann; die letzte Spur einer Schuldknechtschaft, die der Regel nach nur subsidiäre Schuldhaft, ist im deutschen Reich durch Gesetz vom 29. Mai 1868 abgeschafft. Aber auch das Vermögen des Schuldners wird nicht unbeschränkt dem Zugriff des Gläubigers preisgegeben. Abgesehen von dem beneficium competentiae schließt die Civilproceßordnung den unentbehrlichen Bedarf des Schuldners, den Arbeits- und Dienstlohn desselben, von der Pfändung aus (§§ 715, 749). Findet also gesetzlich die Geltendmachung von Forderungen weder unmittelbar gegen die Person noch ausnahmslos in das

---

[56]) Motive S. 610.

[57]) Motive S. 611.

[58]) Motive S. 609.

Digitized by Google

ganze Vermögen statt,[59]) so sollte kaum ein Hinderniß bestehen, vertragsmäßig auch gewisse Vermögensstücke oder Arten von Vermögensstücken von der Haftung auszuschließen oder die Haftung auf solche zu beschränken. Das Recht hat aber auch, ganz abgesehen von vertragsmäßigen Bestimmungen für einzelne Fälle, schon von Alters her obligatorische Verhältnisse anerkannt, in denen der Schuldner nur mit einem gewissen Theil seines Vermögens oder einzelnen Sachen haftete. Ich erinnere aus dem römischen Recht an die actio de peculio, bei welcher der aus der Obligation des Hayssohns in Anspruch genommene Vater nur mit dem peculium haftet; aus dem deutschen Recht an den Rentenkauf, bei welchem ursprünglich der Gläubiger, Rentenkäufer, ein Recht an dem Grundstück erwarb, dessen Eigenthümer die Rente verkaufte. Aus dem Handelsrecht ist die Bodmerei zu erwähnen, bei welcher sich der Gläubiger des von dem Schiffer aufgenommenen Darlehns nur an Schiff, Fracht und Ladung halten kann (H.G.B. Art. 680), aus dem Preuß. Recht § 318 Tit. 1 Th. II Allg. Landr., nach welchem die Frau ihr vorbehaltenes Vermögen mit Schulden belasten darf.

Wie sehr aber die Entwickelung der Reichsgesetzgebung danach strebt, das Capital den wirthschaftlichen Bedürfnissen dienstbar zu machen, ohne den Creditsuchenden mit seinem ganzen Vermögen zu verpflichten, das zeigen zwei erst nach der Veröffentlichung des Entwurfs ergangene Gesetze. Während nach Art. 112 H.G.B. die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten derselben solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften, und § 12 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 den Mitgliedern eingetragener Genossenschaften die gleiche Haftung für die Ausfälle der Genossenschafts-Gläubiger auferlegt, läßt das Gesetz vom 1. Mai 1889 neben den Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht außer solchen mit unbeschränkter Nachschußpflicht auch solche mit beschränkter Haftpflicht zu, letztere dergestalt, daß die Haftpflicht der Genossen für die Verbindlichkeit der Genossenschaft sowohl dieser wie den Gläubigern gegenüber im Voraus auf eine bestimmte Summe beschränkt ist. Das neueste Gesetz auf diesem Gebiete, das Reichsgesetz vom 20. April 1892 läßt Gesellschaften mit beschränkter Haftung „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“ zu (§ 1); für die Verbindlichkeiten der

[59]) Kühnast sagt S. 83: „Dem deutschen Recht ist die Vorstellung der Einheit der gesammten Vermögensverhältnisse eines Menschen fremd. Es weiß nichts von der Einheit des Vermögens in der Person. Es betrachtet das Grundeigenthum nicht nur als den wesentlichsten Theil des Vermögens, sondern erkennt die dinglichen Besonderheiten der Individualität der Grundeigenthumsverhältnisse nach den verschiedensten Richtungen an.“

Digitized by Google

Gesellschaft haftet dem Gläubiger derselben nur das Gesellschafts-Vermögen (§ 13), das Stammkapital muß allerdings mindestens 20 000 Mark, die Stamm-Einlage jedes Gesellschafters mindestens 500 Mark betragen (§ 5).

Ich verkenne nicht, daß in diesen neuen Gesetzen die Sache nach der juristischen Construktion anders liegt als bei dem Immobiliar-Credit, insofern ein künstliches Rechtssubjekt, die Genossenschaft oder Gesellschaft als Gläubiger dazwischen tritt und dieses allerdings mit seinem ganzen Vermögen haftet. Wirthschaftlich betrachtet sind es aber die Genossen- oder Gesellschafter, die zu einem gemeinschaftlichen Zweck, — bei der Genossenschaft die Förderung des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder — Credit beanspruchen, für den sie nach der älteren Gesetzgebung mit ihrem ganzen Vermögen hafteten, nach den neueren Gesetzen nur mit dem Gesellschafts-Vermögen oder einer im Voraus bestimmten Summe zu haften brauchen.

Mit leichterem Herzen, glaube ich, kann der Gesetzgeber den Grundbesitzern — auch ohne principielle Lösung der obligationenrechtlichen Streitfrage — gestatten, Verbindlichkeiten mit der Beschränkung einzugehen, daß sie nur mit ihrem Grundstücke haften.[60]) Denn den Genossenschafts- und Gesellschaftsgläubigern wird das, worauf sie ihr Vertrauen setzten, die Anzahl und die Güte ihrer Schuldner, die Höhe des Gesellschafts-Vermögens, theils durch das Gesetz selbst, welches den Mitgliedern gestattet, ihre persönliche Haftung auszuschließen oder zu beschränken, entzogen, theils durch die uncontrolirbare Geschäftsführung gefährdet, da aus der Einzahlung eines im Mindestbetrage gesetzlich bestimmten, in seiner wirklichen Höhe veröffentlichten Stammkapitals ein Schluß auf die jeweilige Höhe des Gesellschafts-Vermögens nicht gemacht werden kann. Diese Gläubiger können weder, was ihnen haftet, noch mit wem sie es theilen müssen, sicher beurtheilen. Wer aber sein Geld auf eine Verkehrs-Hypothek giebt, traut, wie oben gesagt, nicht dem Schuldner, sondern dem Grundstücke; die Beschaffenheit dieser Sicherheit, das Rangverhältniß zu anderen auf dieselbe angewiesenen Gläubigern, wird ihm durch den Hypothekenbrief bezeugt; durch den Fortfall der Haftung des Schuldners wird der Hypotheken-Gläubiger in seinen berechtigten Erwartungen nicht getäuscht. Alles dies soll nur von der soliden Verkehrs-Hypothek gelten; der Grundbesitzer soll durch die Beschränkung der Haftung für die Verkehrs-Hypothek auf das Grundstück in den Stand gesetzt werden, den Immobiliar-Credit auszunutzen, ohne sich mit seinem

---

[60]) S. a. Krech S. 111.

Digitized by Google

übrigen Vermögen verbindlich zu machen; es soll ihm daneben frei stehen, seinen persönlichen Credit durch Einräumung der accessorischen Hypothek zu verstärken, wie es dem ängstlichen Gläubiger freisteht, sein Geld nur auf accessorische Hypothek auszuleihen.

Wird die Verkehrshypothek ohne Haftung des Bestellers mit seinem übrigen Vermögen zugelassen, so wird dem durch die Grundschuld zu befriedigenden, in dem Levy'schen Gutachten[61]) durch eine Reihe von Beispielen veranschaulichten, Interesse der Eigenthümer, welches nach den Motiven[62]) den wirthschaftlichen Grund zu deren Einführung bildet, durch die eine Form der Verkehrshypothek genügt. Oder mit den Worten Dernburg's:[63]) „Die Grundschuld können wir entbehren, wenn wir die Briefhypothek entsprechend fassen."

XII.

Die Entbehrlichkeit der Grundschuld neben einer einigermaßen verkehrsfähig ausgestatteten Briefhypothek findet ihre Bestätigung auch in den äußerst kargen Bestimmungen des Entwurfs über die Grundschuld. Sieht man von der Begriffsbestimmung in § 1135, der Verweisung auf die Vorschriften über die Briefhypothek in § 1136, der auch für diese wesentlichen Ertheilung eines Briefes (§ 1138), der Gleichstellung der rückständigen Grundschuldzinsen mit den rückständigen Hypothekenzinsen in § 1141, den Vorschriften über die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek, der Hypothek in eine Grundschuld in § 1144 ab, so bleiben als der Grundschuld eigenthümliche Bestimmungen die §§ 1137, 1139, 1140, 1142, 1143 übrig. Von diesen schafft § 1139 nicht zwingendes, sondern dispositives Recht betreffs der Kündigung und des Zahlungsorts, denn nach Absatz 3 finden die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes nur insofern Anwendung, als nicht ein Anderes bestimmt ist. § 1140 construirt einen Anspruch auf Verzugszinsen, wie wenn ein persönlicher Schuldner gegeben wäre, erweist sich mithin als überflüssig, wenn die sonstigen Zwecke der Grundschuld auch mit einem — beschränkt haftenden — persönlichen Schuldner erreicht werden. Nur die §§ 1137 und 1142 in Verbindung mit 1143 schaffen besonderes Recht für die Grundschuld. Die Ausschließung der bedingten und betagten Bestellung einer Grundschuld in § 1137 im Gegensatz zu § 1062 Abs. 2 wird

---

[61]) Verhandlungen Bd. III S. 282, 283.

[62]) Motive S. 610.

[63]) Verhandlungen Bd. IV S. 249.

Digitized by Google

durch die Anforderungen der erhöhten Verkehrsfähigkeit gerechtfertigt.[64]) Wird dieſe ſchon der Briefhypothek verſchafft, ſo iſt es nur zu empfehlen, die Vorſchrift des § 1137 in den Abſchnitt von der Briefhypothek zu verweiſen. Der Satz der Motive:[65])

> „Ein praktiſches Bedürfniß für die bedingte oder betagte Be-Beſtellung einer Grundſchuld iſt überhaupt nicht anzuerkennen, wenn die Betheiligten im einzelnen Falle die Wahl zwiſchen dieſen verſchiedenen Formen (nämlich der acceſſoriſchen Hypothek und der Grundſchuld) haben."

behält ſeine volle Bedeutung, wenn die Betheiligten auch nur die Wahl zwiſchen der rein acceſſoriſchen Buchhypothek und der ſelbſtändigen Verkehrshypothek haben, für letztere.

Die §§ 1142, 1143 behandeln die Eigenthümergrundſchuld. Die Eigenthümerhypothek[66]) iſt der Umweg geweſen, auf welchem der Verkehr die Schranken der ſtarren acceſſoriſchen Natur der Hypothek durchbrochen hat. Muß man, um dem Verkehr gerecht zu werden, mit dem Entwurf (§§ 1094 Abſ. 3, 1097) anerkennen, daß die Hypothek nach Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner-Eigenthümer oder im Fall der Vereinigung von Forderung und Schuld in der Perſon des Eigenthümers ohne die Forderung fortbeſteht, wird die Uebertragung der Eigenthümerhypothek zugelaſſen, ohne daß durch dieſelbe eine neue Forderung mit der Hypothek verbunden wird (§ 1100), muß man alſo ruhig zuſehen, wie die acceſſoriſche Hypothek ohne ihre Hauptſache „als eine eigenthümliche Form eines rein dinglichen Rechts ohne Forderung"[67]) weiter beſteht, ſo ſcheint es mir graue Theorie, wenn man dieſen Mangel, der ſie ungeſtraft durchs Leben begleitet, nur von dem Moment ihrer Geburt fern halten will. Der Satz der Motive:[68])

> „Die Grundſchuld iſt aber doch um deswillen von Werth, weil die Eigenthümerhypothek nur bei Anerkennung des Dogmas von der Selbſtändigkeit des hypothekariſchen Rechts ſich angemeſſen in das Rechtsſyſtem einfügen läßt."

---

[64]) Motive S. 787.

[65]) a. a. O.

[66]) Siehe hierzu die Abhandlungen von Staub gegen die Eigenthümerhypothek und Grundſchuld und die Gegenſchrift von Arnheim in den „Gutachten aus dem Anwaltſtande" S. 407, 1089.

[67]) So Gierke S. 376. Krech, S. 138: „Hypothek ihrer Herkunft nach, iſt ſie Grundſchuld während der Dauer ihres Beſtehens."

[68]) Motive S. 610.

Digitized by Google

mag für den Theoretiker ein Troſt ſein, der ſich indeß bei näherer Betrachtung als trügeriſch erweiſt. Die Anerkennung jenes Dogmas, welches denn auch jünger iſt als die aus der Praxis erwachſene Eigenthümerhypothek, kann wohl die Eigenthümergrundſchuld, nicht aber die Eigenthümerhypothek weder als von Anfang an begründete, noch als ſpäter entſtandene rechtfertigen, am allerwenigſten vom Standpunkt der Motive, die beide Belaſtungsformen ſcharf gegeneinander abgrenzen.[69]) Die Motive haben denn auch an anderer Stelle[70]) die Eigenthümerhypothek aus dem berechtigten Intereſſe des Realcredits gerechtfertigt, ihre juriſtiſche Conſtruction aber der Wiſſenſchaft überlaſſen. Was empfiehlt ſich nun mehr: die Eigenthümerhypothek, die man von dem weiteren Lauf der Hypothek nicht fern halten konnte und wollte, von Anfang an zuzulaſſen, oder blos um der „angemeſſenen Einfügung in das Rechtsſyſtem", alſo aus theoretiſchen Gründen zum Schaden des Verkehrs eine Form mehr zu ſchaffen? Ich glaube Erſteres. Die inhaltliche Uebereinſtimmung der Eigenthümerhypothek und Grundſchuld wird in den Motiven wiederholt anerkannt;[71]) bei der Rechtfertigung der Eigenthümerhypothek nur verſchämt mit den Worten:

> „Die Eigenthümerhypothek iſt unbeſtreitbar in verſchiedenen Punkten wie eine Grundſchuld zu behandeln. Immerhin aber vermag ſie ihren Urſprung nicht völlig zu verleugnen." [72])

Offener bei der Begründung des § 1143 mit folgendem Satze:[73])

> „In der Hauptſache deckt ſich die Grundſchuld des Eigenthümers inhaltlich mit der Eigenthümerhypothek ſo zwar, daß ſie auch den Beſchränkungen unterliegen muß, welche das Gläubigerrecht im Falle der letzteren erleidet."

Nimmt man dazu, daß die Motive wenige Zeilen vorher ſagen:[74])

> „Vom Standpunkt des Entwurfs beſteht kein Grund für eine verſchiedene Geſtaltung des Inhalts der Eigenthümer-Grundſchuld, je nachdem die Eintragung von vornherein für den Eigenthümer oder zunächſt für einen Anderen erfolgt war."

ſo wird man dem unmittelbar folgenden Satze:

---

[69]) Motive S. 611, 780.
[70]) a. a. O. S. 203 ff.
[71]) S. a. Bähr S. 520, 521, 525. Krech S. 109, 110, 112, 135.
[72]) Motive S. 729.
[73]) a. a. O. S. 795.
[74]) a. a. O. S. 794.

Digitized by Google

„Wird einmal ein solches Recht an dem eignen Grundstücke zugelassen, so ist es ganz gleichgültig, auf welchem Wege der Berechtigte dazu gelangt ist.“

der zunächst für die Grundschuld geschrieben ist, die Anwendung auf die Eigenthümerhypothek nicht versagen können. Ich gelange also dahin, die Eintragung der Verkehrshypothek von vornherein für den Eigenthümer zuzulassen.

Da die Verkehrshypothek auch nach meiner Auffassung ihren accessorischen Ursprung nicht völlig verleugnen soll, entsteht freilich die Frage: wie kann man sein eigner Schuldner sein? wie eine Forderung gegen sich selbst begründen? Diese obligationen-rechtliche Frage wiegt indeß meines Erachtens nicht schwerer als die sachenrechtliche: ein Recht an der eigenen Sache haben? kann man ein solches für sich selbst begründen?[75]) Wenn der Entwurf den ersten Theil dieser Frage für Rechte an Grundstücken allgemein, für Hypotheken besonders, den letzteren für die Grundschuld unbekümmert um die Schwierigkeiten der juristischen Construction bejaht, so habe ich auch kein Bedenken, eine Ausnahme der obligationen-rechtlichen Lehre dahin zuzulassen, daß den Grundeigenthümern gestattet wird, Forderungen, für welche sie nur mit dem Grundstück haften wollen, für sich selbst zu bestellen.

Es fehlt für diese Ausnahme nicht an einem Vorgange. Nach Art. 6. Abs. 2 der Wechselordnung kann der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem anderen Orte als dem der Ausstellung geschehen soll. Diese Vorschrift gehört zwar einem ganz anderen Gebiete an, bietet aber doch Anhaltspunkte zu einem Vergleich, der zu Gunsten der Eigenthümerhypothek ausfallen dürfte. Der eigentlich praktische Fall des trassirt-eignen Wechsels, wenn auch andere Fälle durch den Buchstaben des Gesetzes nicht ausgeschlossen sind, ist der, daß eine Handelsfirma Niederlassungen an verschiedenen Orten hat, zwischen denen ein Wechselverkehr ermöglicht werden soll. Es werden anscheinend Forderungen der einen Niederlassung gegen die andere begründet, während in Wahrheit ein und derselbe Geschäftsinhaber durch die Wechselziehung und Zahlung berechtigt, belastet und befreit wird. Es bleiben Activa und Passiva derselben Vermögensmasse, wenn sie auch in verschiedenen Handelsbüchern gebucht werden. Bei der Eigenthümerhypothek liegt die Sache insofern günstiger, als der Eigenthümer nur mit dem Grund-

---

[75]) Krech sucht S. 135 den Unterschied in der Eigenthümlichkeit des dinglichen Rechts, daß es sich auch gegen jeden Dritten bethätigt, welcher sich mit ihm in Widerspruch setzt.

Digitized by Google

stück verpflichtet wird, die Forderung aber zu seinem beweglichen Vermögen gehört,[76]) und als diese beiden Vermögensmassen nicht etwa bloß in der Buchführung auseinander zu halten sind, sondern durch die Gesetze selbst im Fall des Concurses und der Zwangsversteigerung als Immobiliar- und Mobiliarmasse von einander abgesondert werden, so daß auch abgesehen von den Ansprüchen aus der Eigenthümerhypothek obligatorische Beziehungen zwischen beiden bestehen können, z. B. das Miethsverhältniß bezüglich eines Geschäftslocals, aus welchem die Concursmasse Miethe zur Immobiliarmasse zu zahlen hat.

XIII.

Wenn nach den Ausführungen zu XII. die Briefhypothek durch Herübernahme der Vorschriften der §§ 1137. 1142 verkehrsfähig gestaltet und dadurch die Grundschuld des Entwurfs entbehrlich gemacht wird, so bleiben nur noch die Buchhypothek und die Sicherungshypothek zu besprechen. Daß eine Vereinigung beider im Interesse der Einfachheit und Klarheit der Form wünschenswerth, ist schon unter IV. ausgesprochen. Die Brücke zu dieser Vereinigung bildet § 1127, welcher die Ertheilung eines Hypothekenbriefs bei der Sicherungshypothek ausschließt. Mit anderen Worten: Die Sicherungshypothek ist nur in der Form der Buchhypothek zulässig.

Wenn man weiter nach meinen Ausführungen zu IV. für die Verkehrshypothek die Form der Briefhypothek für nothwendig erachtet, so bleiben für die Buchhypothek außer der Sicherungshypothek alle diejenigen accessorischen Hypotheken, welche von dem Gebiet der Verkehrshypothek entweder wie die Sicherungshypothek und nach meinen Vorschlägen unter XII. die bedingt oder betagt bestellte Hypothek durch Gesetz oder durch den Willen der Betheiligten ausgeschlossen werden, kürzer gesagt: die Buchhypothek dient ausschließlich der rein accessorischen Hypothek als Form.[77])

Wie leicht ersichtlich, ist die Bezeichnung „rein accessorische Hypothek" hier zunächst im Gegensatz zur Verkehrshypothek gebraucht. Trotz der

---

[76]) Vgl. auch Kühnast S. 68: „Wie das ganze Vermögen des Menschen selbst eine unkörperliche Sache ist und auf factischer Zusammenfassung beruht, so ist vielfach im deutschen Recht das Bodenvermögen zu einer factischen und rechtlichen Einheit erhoben."

[77]) „Wer also eine Verkehrshypothek haben will, der mag sich einen Hypothekenbrief geben lassen". So Bähr S. 528, dagegen Krech S. 114.

Digitized by Google

Beschreibung beider Arten von Hypotheken fehlt noch die scharfe Abgrenzung, die für die formelle Seite durch den Gegensatz: Brief oder nicht, gegeben ist, nach der materiellen Seite hin. Sie soll in dem Folgenden gesucht werden.

Während die Verkehrshypothek die Verkörperung des Immobiliarcredits sein soll, bleibt für die rein accessorische Hypothek ihr alter Beruf, die Sicherheit einer persönlichen Forderung zu verstärken; während für die erstere die Hypothek die Hauptsache bildet, bleibt für die letztere die Forderung die Hauptsache; daraus folgt für die accessorische Hypothek mit Nothwendigkeit, daß der Gläubiger, der sie geltend macht, seine Forderung beweisen und sich alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gefallen lassen muß. Der Entwurf hat diese Folgerung nicht für die Buchhypothek, die er als gleichberechtigte, ja als Normalform neben die Briefhypothek stellt, wohl aber für die Sicherungshypothek gezogen. In Anlehnung an den Entwurf mag deshalb geprüft werden, wie weit die Sicherungshypothek die von der Verkehrshypothek ausgeschlossenen Fälle der accessorischen Hypothek erschöpft. Der Entwurf behandelt drei Fälle der Sicherungshypothek besonders: die Cautionshypothek (§ 1129), die Zwangshypothek (§ 1130/31), die Arresthypothek (1132). Ob die Zwangshypothek auch zu den Sicherungshypotheken gehört, andererseits ob der vollstreckbare Titel überhaupt einen Titel zur Hypothek geben soll, ist streitig.[78]) Ich möchte beide Fragen bejahen, ohne auf diesen Nebenpunkt hier näher einzugehen. Der Gläubiger der Zwangshypothek wird natürlich nur das rechtskräftige Urtheil oder den sonstigen vollstreckbaren Titel, nicht seine ursprüngliche Forderung nachzuweisen haben; Einwendungen gegen dieselbe werden der Beschränkung des § 686 C.P.O. unterliegen. Immerhin kann als Regel nicht unterstellt werden, daß der Gläubiger mit vollstreckbarem Titel die Eintragung nachsucht, um eine dauernde Capitalsanlage zu machen, eine Verkehrshypothek zu erwerben, noch daß der Schuldner gezwungen werden soll, ihm eine solche einzuräumen. Wo solche Absicht dennoch vorliegt, werden die Betheiligten, der Gläubiger, der durch Begebung der Hypothek leichter Geld zu erlangen hofft als durch Zwangsversteigerung des Grundstücks, der Schuldner, der diese vermeiden will, sich leicht über Bestellung einer Verkehrshypothek einigen. Der Entwurf beschränkt sich aber nicht auf diese drei Fälle, denen die bedingt oder betagt bestellte Hypothek hinzutreten würde, sondern läßt die Sicherungshypothek ganz allgemein in dem Sinne zu, daß die Betheiligten auch in solchen Fällen, in welchen die

[78]) Vgl. das Nähere bei v. Meibom S. 358 ff., Krech S. 114.

Digitized by Google

Voraussetzungen der normalen Hypothek für sie gegeben sind, anstatt derselben einer Sicherungshypothek eintragen lassen können, läßt den Betheiligten die Wahl, ob die Verkehrshypothek oder die nicht verkehrsfähige Sicherungshypothek im einzelnen Fall die passendere ist.[79]) Wenn die Betheiligten von vornherein gar nicht die Absicht haben, in der Hypothek einen Verkehrsgegenstand zu schaffen, der Zweck der Hypothekenbestellung vielmehr einzig und allein der ist, Sicherheit für die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu leisten, dann bedarf es nach den Motiven nicht der für die normale Hypothek geltenden Vorschriften, welche den öffentlichen Glauben des Grundstücks auf die Forderung erstrecken.[80]) Wie an anderer Stelle der Motive[81]) anerkannt ist, ist damit die Sicherungshypothek im Wesentlichen auf die Grundsätze des römischen Rechts von der accessorischen Hypothek gestellt; bei ihr „tritt das Wesen der Hypothek in voller Schärfe hervor";[82]) an den Vortheilen des Grundbuchsystems nimmt sie nur bezüglich des durch die Eintragung gewährten Ranges Theil.[83])

Der Entwurf bestimmt hiernach den Begriff der Sicherungshypothek in § 1125 durch Ausschließung der Anwendbarkeit der von dem Einfluß des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung handelnden §§ 1083, 1089. Er geht aber zu weit, wenn er die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften von der Eigenthümerhypothek, ohne sie als nothwendige Consequenz des Begriffs hinzustellen,[84]) deshalb ausschließt, weil die Sicherungshypothek nicht die Bestimmung hat, zur Befriedigung der Bedürfnisse des Realcredits zu dienen.[85]) Der Grund trifft nur zu, so lange der ursprüngliche Gläubiger oder ein ohne Dazwischenkunft des Eigenthümers eingetretener Rechtsnachfolger desselben die Hypothek besitzt. Wenn aber der Schuldner-Eigenthümer den Gläubiger befriedigt hat, so ist nicht abzusehen, warum er bei der Sicherungshypothek ungünstiger gestellt sein soll, als bei der Verkehrshypothek. Die Anerkennung der Eigenthümerhypothek ist in den Motiven[86]) nicht bloß durch das Interesse

---

[79]) Motive S. 627.

[80]) Motive S. 619, 620.

[81]) a. a. O. S. 628.

[82]) So Krech S. 112, Dernburg, Verhandl. Bd. 4 S. 242, Weber, das. S. 270, 271.

[83]) S. auch Klöppel in Gruchot's Beiträgen Bd. 33 S. 840: „Die Sicherungshypothek ist in der That nur die Wiederherstellung der römischen Hypothek in den Grenzen der Publicität und Specialität."

[84]) Motive S. 764.

[85]) a. a. O. S. 766.

[86]) a. a O. S. 203.

Digitized by Google

des Realcredits, sondern auch damit gerechtfertigt, daß es billig und gerecht sei, „zu verhindern, daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus unberechtiger Vortheil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechts mit dem Eigenthum erwachse“. Warum sollte der Eigenthümer den Rang, den auch die Sicherungshypothek nicht aus ihrer römisch-rechtlichen accessorischen Natur, sondern vermöge der deutsch-rechtlichen Grundbucheinrichtung hat, im Falle der Befriedigung des Gläubigers zu Gunsten nachstehender Gläubiger opfern müssen?[87])

Die von mir der Verkehrshypothek als materiell verschieden entgegengesetzte rein accessorische Hypothek deckt sich also begrifflich mit der Sicherungshypothek des Entwurfs, von dessen Vorschriften ich nur die Nichtanwendbarkeit der Eigenthümerhypothek streichen würde. Daß dabei nur an die durch Befriedigung oder Vereinigung entstandene, nicht an die von vorn herein als solche begründete Eigenthümerhypothek zu denken ist, bedarf bei dem Wesen der Sicherungshypothek keiner weiteren Ausführung.

XIV.

Indem ich es als außerhalb meiner Aufgabe liegend betrachte, die Hypothek in ihren verschiedenen Arten auf ihrem Lebensgange von der Entstehung bis zum Erlöschen durch den Entwurf zu begleiten, glaube ich am Schluß meines Gutachtens nur noch die allmählich gewonnenen Ergebnisse zusammenfassen zu sollen. Ich würde befriedigt auf dieselben zurückblicken, wenn es mir gelungen wäre, die in dem Entwurf vielleicht unter zu ängstlicher Berücksichtigung des geschichtlich Gewordenen und des particular-rechtlich Bestehenden zur Wahl für die Betheiligten im einzelnen Fall neben einander gestellten Arten der Hypothek ihrem Inhalte nach auf zwei wirthschaftlich und juristisch verschiedene Arten zurückgeführt, und dabei nachgewiesen zu haben, daß für jede dieser Arten eine der im Entwurf gegebenen Formen die allein und ausschließlich passende ist.

Die Beantwortung der mir gestellten Frage würde ich, ohne alle vorher erörterten Einzelheiten in dieselbe aufzunehmen, dahin fassen:

Die im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen vier Arten des Pfandrechts an Grundstücken sind in zwei nach Form und Inhalt verschiedene Arten zu vereinigen:

1. Die Buchhypothek als rein accessorisch, also ohne Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs

[87]) Krech S. 113 folgert treffend, daß bei Ausschluß der Eigenthümerhypothek selten eine Sicherungshypothek vertragsmäßig werde bestellt werden.

Digitized by Google

auf die Forderung, aber unter Zulassung der Eigenthümerhypothek, zu gestaltende Sicherungshypothek.

2. Die Briefhypothek als selbständige, der Anfechtung der Forderung durch den Eigenthümer und gleich- oder nachstehende Realberechtigte entzogene, Verkehrshypothek, unter Beschränkung der persönlichen Verpflichtung des Schuldners auf das Grundstück und unter Zulassung der von vornherein als solche begründeten Eigenthümerhypothek.

Digitized by Google

XIV.

Gutachten des Herrn Professor Dr. E. Ullmann zu München

über die Frage:

Welches Verfahren würde sich, wenn die Gesetzgebung unschuldig Verurtheilten einen Entschädigungsanspruch zuerkennt, für die Geltendmachung desselben empfehlen?

I.

Die Frage der Entschädigung für ungerechtfertigte Verurtheilung, welche die öffentliche Meinung, die juristische und Tagesliteratur sowie die Gesetzgebung der meisten Culturstaaten im Laufe der letzten zwanzig Jahre neuerlich beschäftigt hatte, ist jüngst in einem der Staaten, die in ihren maßgebenden Factoren der hier in Frage stehenden Forderung des öffentlichen Gewissens volle Aufmerksamkeit geschenkt haben — in Oesterreich —, durch das Gesetz vom 16. März 1892 Nr. 64 R.G.Bl. zur Lösung gelangt.[1]) Die Verhandlungen der legislativen Körperschaften,[2]) die seit dem Jahre 1882 auf Grund des Antrags Roser

[1]) Als definitiv kann diese Lösung indessen nicht bezeichnet werden, da ja eine wesentliche Seite des Problems, die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft durch das Gesetz nicht berührt wird.

[2]) Es kommen hier in Betracht die stenographischen Protocolle des Abgeordnetenhauses: X. Session S. 865[1], 3929[1] - 3935[2], 13636[1]—13647[2], 13670[2]—13694[2], 13713[2]—13736[1], 13763[1]—13789[1], 13809[1]; XI. Session: S. 2349[1]—2362[2], 2380[1 2], 4770, 5260[2] - 5274[2]. Stenographische Protocolle des Herrenhauses: XI. Session S. 213[2]—224[2], 231[1]. Vgl. ferner die Beilagen der Verhandlungen des Abgeordnetenhauses, X. Session Nr. 115, 910, XI. Session Nr. 239, 250, 384; endlich die Beilagen der Verhandlungen des Herrenhauses X. Session Nr. 484, XI. Session Nr. 94.

Digitized by Google

durch eine Reihe von Sessionen mit wechselvollem Schicksal fortgesponnen wurden, weisen jene tiefgreifenden Gegensätze der Anschauungen über das Problem auf, die in der deutschen und österreichischen Rechtsliteratur[3]) und wiederholt in den Berathungen des Deutschen Juristentages[4]) sowie in den Verhandlungen des Deutschen Reichstages[5]) hervorgetreten sind. Der Schwerpunkt der Frage wurde allgemein in die materiell-rechtliche Seite des Problems verlegt; hier stand und steht wohl noch heute der Gegensatz der Meinungen im Vordergrund, indem einerseits ohne Anerkennung einer förmlichen Rechtspflicht des Staates (abgesehen von den Fällen gesetzwidrigen Verhaltens der Organe des Staates bei Verhängung von Freiheitsbeschränkungen) lediglich eine arbiträre Entschädigung zugebilligt wird, während andererseits eine förmliche Rechtspflicht zur Entschädigung statuirt wird, wobei allerdings die Ansichten bezüglich der Voraussetzungen und des Umfangs dieser Entschädigungspflicht, auch wohl bezüglich der wissenschaftlichen Construction des Instituts auseinandergehen. Neben der großen praktischen Bedeutung des Problems für eine dem Wesen des heutigen Rechtsstaats angepaßte Wahrung der Individualinteressen gegenüber dem Gemeininteresse tritt die juristisch-theoretische Seite des Gegenstandes um so stärker hervor, als die Lösung des Problems mit der augenscheinlich innerhalb der neuesten Gestaltung unseres Rechtslebens im Flusse der Entwicklung befindlichen Frage des Schadenersatzrechts in engster Verbindung steht. Auf dem Boden des älteren, im früheren Recht fast Alleinherrschaft behauptenden *subjectiven* Schadenersatzprincips gelangt man für unseren Gegenstand in Fällen *unverschuldeter* Irrthümer der Justiz, die aber für den Einzelnen von verhängnißvoller Bedeutung sein können, nur dazu, der Stimme der Humanität zu folgen und nach Kräften den Schaden zu vergüten, der

---

[3]) Siehe die Lit. bei *Kronecker*, Die Entschädigung unschuldig Verurtheilter (1883) S. 46 ff. und neuestens bei *Berolzheimer*, Die Entschädigung unschuldig Verurtheilter (1891) S. 30 ff.

[4]) Verhandlungen des XI. Deutschen Juristentages Bd. I. S. 42—45, 87—90, 95—103 (Gutachten), Bd. II S. 171—208 (Verhandlungen), des XII. Deutschen Juristentages Bd. I S. 46—63, 329—333 (Gutachten), Bd. III S. 116—153 (Verhandlungen), des XIII. Deutschen Juristentages Bd. II S. 259—297 (Verhandlungen), und des XVI. Deutschen Juristentags Bd. II S. 239—279, 344—356 (Verhandlungen).

[5]) Die Sache wurde bekanntlich das erste Mal durch den Antrag der Abg. *Phillips* und *Lenzmann* (Nr. 11 der Actenstücke der V. Legislatur-Periode II. Session 1882/83, V. Bd. der stenographischen Berichte S. 122, 123) vor den Reichstag gebracht. Der Antrag verlangte Entschädigung bezüglich der unschuldig erlittenen Straf- *und* Untersuchungshaft.

Digitized by Google

dem Staatsgenossen durch das Opfer, das ihm die Justiz aufzuerlegen veranlaßt war, verursacht wurde. Kann im Bereich dieser Anschauung nicht von einem Rechtsanspruch gesprochen werden, erscheint vielmehr die Ausgleichung der hier im Conflict befindlichen Interessen des Einzelnen und des Gemeinwesens wesentlich als ein Act der Gnade, so ist die Frage nach dem formalen Vorgang bei Herstellung jener Ausgleichung kaum streitig, wenigstens kann sie in juristischer und legislativer Beziehung keine Schwierigkeiten bieten. Indessen der Zug der Bewegung in unserer Frage und die allmählich sich vollziehende Klärung der Anschauungen steht derzeit augenscheinlich unter dem Einfluß des in so mancher Richtung in der Gesetzgebung der Culturstaaten anerkannten objectiven Schadenersatzprincips, dessen Verhältniß zu dem subjectiven Princip sich etwa dahin charakterisiren ließe, daß dieses letztere, gleichsam auf einer natürlichen, dem allgemeinen Rechtssinn geläufigen Voraussetzung — der Verschuldung — beruhend, innerhalb jeder Rechtsordnung allgemeine Herrschaft beansprucht, während das objective Schadenersatzprincip nach Geltung im positiven Rechte ringt und nur schrittweise diese Geltung sich erkämpft. Das objective Princip hat sich in der That in der neueren Gesetzgebung in einer Reihe von Lebensverhältnissen Geltung verschafft. (Haftpflichtgesetze u. s. w.) Dabei muß jedoch meines Erachtens immer im Auge behalten werden, daß überall, wo in der Gesetzgebung der Neuzeit die Haftpflicht schlechthin an die Thatsache der Causalität geknüpft, also eine subjectiv qualificirte Causalität nicht vorausgesetzt wird, die Anerkennung des Princips selbst sich nur im Bereich des betreffenden vom Gesetzgeber spontan geregelten Lebensverhältnisses vollzieht und sohin derzeit auf die Fälle beschränkt ist, in denen der Gesetzgeber die Nothwendigkeit erkannt hat, betreffende Lebensverhältnisse in einer den thatsächlichen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechenden Weise zu regeln. Mag daher immerhin das objective Schadenersatzprincip noch so viele Verhältnisse und Erscheinungen des heutigen Rechtslebens in seinen Bereich ziehen — für die dogmatische Erkenntniß des Wesens der Sache scheint mir die positiv-rechtliche Ausgestaltung des Princips, seine Geltung lediglich auf Grund successiver Anerkennung im Wege individueller Acte der Gesetzgebung, gegenüber dem allgemeine und durchgreifende Herrschaft besitzenden subjectiven Schadenersatzprincip von entscheidender Bedeutung zu sein.[6])

[6]) Man könnte nun allerdings sagen, daß für die dogmatische Gleichstellung beider Principien der positivrechtliche Boden gewonnen wäre, wenn das positive Recht einen allgemeinen Rechtssatz statuirt, der dem entspricht, was mit dem Ausdruck objectives Schadenersatzprincip bezeichnet wird. Indessen allem Anscheine

Digitized by Google

In der uns hier beschäftigenden Frage läßt ein Blick auf die doctrinellen und legislativen Bestrebungen der letzten Jahre zweifellos erkennen, daß der Gedanke der Construction einer Entschädigungspflicht des Staats in Fällen unverschuldeter Verhaftung und unschuldig erlittener Bestrafung wesentlich unter dem Einfluß der Analogie jener Erscheinungen der neuesten Gesetzgebung in den Vordergrund trat, bezüglich welcher das objective Schadenersatzprincip bereits Anerkennung gefunden hat. Stellt man sich bei Lösung der materiell-rechtlichen Seite des Problems auf diesen Boden der spontanen positivrechtlichen Construction der Entschädigungspflicht, dann verlieren die meisten jener Argumente, aus denen bisher jene Pflicht vornehmlich deducirt wurde, ihre Bedeutung, so z. B. der Hinweis auf die Analogie der Expropriation, die Haftung aus dem Irrthum der Organe des Staats u. s. w. Wird die rechtliche Pflicht des Staates zur Entschädigung gesetzlich anerkannt, so bedeutet dies praktisch innerhalb unserer heutigen Rechtsordnung die Schaffung des denkbar wirksamsten Mittels des Ausgleichs der Individualinteressen und des öffentlichen Interesses auf dem Gebiete der Strafrechtspflege. Wie der Strafproceß in seiner neuesten Gestaltung den objectiven Proceßzweck, die Bewährung des Strafrechts im Wege eines rechtlich geordneten Vorgangs, nur in dem Sinne realisiren will, daß die im einzelnen Falle in Collision befindlichen Interessen des Staats und des von der Strafverfolgung betroffenen Staatsgenossen nur in einer der wahren Sachlage entsprechenden Weise gleichmäßige Wahrung finden sollen, so fordert es augenscheinlich gerade dieser die Strafrechtspflege beherrschende Gedanke des Schutzes und der Achtung der Individualinteressen, daß in dem Augenblicke, in welchem die strafverfolgende Action des Staates sich als eine objectiv nicht begründete herausstellt, der Staat dem durch den Angriff geschädigten Staatsgenossen jenen Schutz nicht entziehe, der, wie die concrete Sachlage zeigt, eigentlich jetzt erst praktische Bedeutung gewinnt.

---

nach ist die Möglichkeit der Schaffung eines solchen Rechtssatzes, der eine Haftpflicht an die Thatsache der Causalität allgemein anknüpft, ausgeschlossen und dürfte es in dem Wesen des hier in Frage stehenden Rechtsgedankens liegen, daß er nur im Wege individueller Gesetzgebungsacte für individuell geartete Verhältnisse zur Anerkennung gelangen kann. Daß der rechtliche Ausbau des Gemeinlebens in unserer Zeit auf eine möglichst umfangreiche Anerkennung der Schadenersatzpflicht im Sinne des objectiven Schadenersatzprincips hinweist, dürfte wohl kaum bestritten werden können.

Digitized by Google

II.

Ich habe schon oben angedeutet, daß die Discussion über unser Problem vorwiegend von dem Interesse für die materiellrechtliche Frage, ob Entschädigung zu gewähren sei und ob diese Entschädigung von dem Betroffenen als Recht gegenüber dem Staat in Anspruch genommen werden könne, ausgegangen ist. Die Frage nach der Form der Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs wurde vielfach nur gestreift. Diese Frage ist zwar formell secundärer Art, aber um deswillen keineswegs nebensächlich. Nebensächlich ist sie auf dem Boden jener Anschauungen, welche eine Entschädigungspflicht im Sinne einer Rechtspflicht ablehnen, denn hier handelt es sich dann um einen Anspruch, der lediglich von dem Ermessen der höchsten Verwaltungsstelle abhängig ist. Für die Geltendmachung eines solchen Anspruchs genügen zur Ordnung des Vorganges instructionelle Vorschriften für die betheiligten Behörden und Privatpersonen (den freigesprochenen Beschuldigten bezw. eventuell dessen Angehörige), ein actenmäßiges Verfahren nach dem Vorbilde des Verfahrens in Verwaltungssachen im Allgemeinen. Dagegen gewinnt die Frage nach der Form der Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs sofort in proceßrechtlicher Beziehung Bedeutung, wenn ein Rechtsanspruch auf Entschädigung gesetzlich anerkannt ist. Diese Anerkennung der formellrechtlichen Seite der Frage trat in den Berathungen des österreichischen Reichsraths und neuestens in den Verhandlungen des deutschen Reichstages bei Gelegenheit der ersten Lesung[7]) der Anträge der Abgeordneten Rintelen und Träger,[8]) durch welche die Reichsgesetzgebung neuerlich[9]) mit dem Problem befaßt wurde, hervor. Durch den Antrag Rintelen wird die Materie in nicht geringem Maße complicirt, indem durch denselben gleichzeitig die Reform der Bestimmungen der Strafproceßordnung über die Wiederaufnahme des Strafverfahrens in bestimmter Richtung angestrebt wird, während der Antrag Träger von dieser letzteren Frage durchaus absieht; nach dem Antrag Träger

---

[7]) In der 169. Sitzung (11. Februar 1892) der laufenden Session.

[8]) Der Antrag Rintelen wurde am 13. November, jener des Abg. Träger am 2. December 1890 im Reichstage eingebracht. Nr. 144 bezw. 155 der Anlagen.

[9]) Abgesehen von dem Antrage Philipps-Lenzmann (1882) wurde der Reichstag mit der Sache durch einen Antrag des Abg. Munckel in der Session 1887/88 (Nr. 20 der Anlagen) befaßt. In der Session 1888/89 wurden dem Reichstag die Entschließungen des Bundesraths eröffnet. 1889 hatten die Abg. Munckel und Lerche (Nr. 34 der Anlagen) eine Resolution beantragt, betr. die Vorlage eines Entwurfs durch die verbündeten Regierungen.

Digitized by Google

soll nämlich der Entschädigungsanspruch auch in dem Falle zuerkannt werden, wenn die im Wiederaufnahmeverfahren ergangene Freisprechung lediglich die Bedeutung eines non liquet hat, während der Antrag Rintelen im Hinblick auf die wiederholt kundgegebene Anschauung der Regierung, nach welcher nur in Fällen positiv erwiesener Unschuld eine Entschädigung in Aussicht gestellt werden könnte, die Annahme des Antrages seitens der verbündeten Regierungen durch eine Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens suchen möchte, innerhalb welcher die Fälle der Freisprechung wegen positiver Unschuld und der Freisprechung schlechthin formell zu selbständiger Geltung kämen.[10]) Indessen die von dem Bevollmächtigten des Bundesraths Wirkl. Geh. Rath Bosse in der Sitzung

---

[10]) Es dürfte zweckmäßig sein, diesen Theil des Antrags Rintelen hier anzumerken, ohne jedoch in eine über den Bereich dieses Gutachtens hinausgreifende Kritik einzugehen. Es kommen hier die beiden ersten Artikel des Antrages in Betracht:

Art. I. „An Stelle der Vorschriften der St. P. O. §§ 409[2] und 410 treten folgende Vorschriften: § 409: Zeugen und Sachverständige sind, sofern deren Beeidigung zulässig ist, eidlich zu vernehmen. § 410: Das Gericht verordnet die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Verhandlung:

1. wenn die Wiederaufnahmegründe des § 399 Z. 3, 4 oder des § 402 Z. 3, 4 vorliegen;

2. wenn die Wiederaufnahmegründe des § 399 Z. 1, 2 oder des § 402 Z. 1, 2 vorliegen und nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß die in diesen Bestimmungen bezeichnete Handlung auf die Entscheidung Einfluß geübt hat;

3. wenn im Falle des § 399 Z. 5 auf Grund der neuen Thatsachen oder neuen Beweise anzunehmen ist, daß der Verurtheilte der ihm zur Last gelegten That nicht schuldig ist, oder daß der Umstand, durch welchen die Anordnung des schwereren Strafgesetzes begründet ist, in Wegfall kommt.

Anderenfalls wird der Antrag auf Wiederaufnahme ohne mündliche Verhandlung als unbegründet verworfen. In gleicher Weise wird im Falle der Z. 3 des vorigen Absatzes der Antrag verworfen, wenn zwar ein die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes begründender Umstand für in Wegfall kommend anzunehmen ist, jedoch, ungeachtet der Anwendung eines anderen Strafgesetzes, die erkannte Strafe zulässig und angemessen erscheint.

Art. II. „Die Vorschrift der St. P. O. § 411[2] fällt weg."

Auf Grund dieser Bestimmungen wird in Art. III der Anspruch auf Entschädigung folgendermaßen formulirt:

„Wenn der Verurtheilte, gegen welchen die erkannte oder umgewandelte Strafe ganz oder theilweise vollstreckt ist, im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wird, so ist der durch die Vollstreckung der Strafe entstandene Vermögensschaden nach Maßgabe der nachstehenden Vorschriften zu ersetzen."

Diese und die folgenden Bestimmungen sind in den Antrag Träger aufgenommen, d. h. beide Anträge stimmen überein, nur setzt der Antrag Rintelen voraus, daß die in Art. I und II proponirten Aenderungen des Wiederaufnahmeverfahrens angenommen sind.

Digitized by Google

vom 11. Februar 1892 abgegebene Erklärung läßt wenigstens vorläufig ein Eingehen auf die Sache nicht erwarten. Wie Rintelen und andere Abgeordnete, die in dieser Sitzung zur Sache gesprochen haben, geht auch der Vertreter der Regierung von der Ansicht aus, daß eine Entschädigung nur dem Unschuldigen gewährt werden könne; nur sei es schwierig, festzustellen, ob Jemand wirklich unschuldig sei. Die Forderung unschuldiger Verurtheilung enthalte keinen Eingriff in das System der Strafprozeßordnung; die Einführung der absolutio ab instantia müsse außer Frage bleiben. Wenn aber Jemand bloß wegen eines non liquet freigesprochen ist und im Volksbewußtsein für schuldig gelte, so sei die Zuerkennung einer Entschädigung nicht geeignet, das Rechtsbewußtsein des Volkes zu stärken. Bezüglich der materiellrechtlichen Behandlung der Entschädigung äußert sich der Vertreter der Regierung im Hinblick auf das Verfahren dahin, daß ein Rechtsanspruch einem bloßen Gnadenanspruch vorzuziehen sei, worin man immerhin ein Indicium für eine eventuelle Anerkennung eines förmlichen Entschädigungsanspruchs seitens der verbündeten Regierungen erblicken mag. Im Uebrigen aber wünscht die Regierung dilatorische Behandlung der Sache; sie bringt nämlich die legislative Erledigung des Problems in Zusammenhang mit der Reform der Strafproceßordnung; bis dahin solle der Vorschlag der Regierungen (bezw. die in den meisten deutschen Ländern schon eingeführte Maßregel), daß in jedem deutschen Staate Fonds vorhanden sein sollen, aus denen die Justizverwaltungen im Falle unschuldiger Verurtheilung Entschädigung gewähren wollen. Das augenblickliche formelle Ergebniß der parlamentarischen Behandlung der Sache ist durch den Beschluß des Reichstages, in die zweite Lesung der Anträge im Plenum (also mit Umgehung commissioneller Vorbereitung) einzutreten, gegeben.

III.

Hat der Deutsche Juristentag gegenüber dieser nunmehr auch in Deutschland wieder auf der Tagesordnung parlamentarischer Berathung stehenden Frage in eingehenden Verhandlungen bezüglich der materiellrechtlichen Seite des Gegenstandes seine Ueberzeugung dahin ausgesprochen, daß ein Rechtsanspruch auf Entschädigung anzuerkennen sei, so entspricht es nunmehr einerseits der erschöpfenden Erörterung des Gegenstandes, andererseits der Nothwendigkeit der Lösung von Fragen, die in den bisherigen Verhandlungen des Juristentags nur gestreift wurden, wenn die ständige Deputation in der oben formulirten These die Frage nach der Form der Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs, kurz gesagt: die proceßrechtliche Seite des

Digitized by Google

Problems auf die Tagesordnung der nächsten Versammlung gesetzt hat. Nicht ohne Bedeutung für die Aufstellung der These mochten die parlamentarischen Verhandlungen der beiden Häuser des österreichischen Reichsraths geblieben sein, in denen auch bezüglich der processualen Seite des Gegenstandes starke Gegensätze in den Anschauungen hervorgetreten sind, die gegenüber dem im Gesetze (§ 1) zur Geltung gelangten materiellrechtlichen Gesichtspunkt keine sachliche Ausgleichung gefunden haben, indem die processualen Bestimmungen des Gesetzes (§§ 4 bis 9) das Ergebniß eines Compromisses zwischen den beiden parlamentarischen Körperschaften unter einander und der Regierung mit denselben bilden. Innerhalb des Rechtszustands, der durch das neue Gesetz geschaffen ist, bleiben gewisse Wirkungen der in den früheren Phasen der parlamentarischen Verhandlungen seitens der Regierung und des Herrenhauses festgehaltenen Anschauung, daß nur arbiträre Entschädigung zugebilligt werden könne, aufrecht. So ist bei dem Umstande, als § 1 das Entschädigungsrecht nur für die Fälle gewährt, in denen auf Grund der Wiederaufnahme des Verfahrens die Einstellung des Verfahrens oder die endgültige Zurückweisung der Anklage erfolgt, ferner in allen Fällen, in welchen nachträglich die Freisprechung des Angeklagten stattfindet, dagegen dann, wenn auf Grund der Wiederaufnahme des Strafverfahrens eine mildere Ausmessung der Strafe stattfindet, der Anspruch auf Entschädigung ausgeschlossen; hier wird nach wie vor der Billigkeitsstandpunkt maßgebend bleiben und die Ausgleichung durch den Gnadenakt des Souveräns eintreten.[11]) Dazu kommt die principielle Anlage des Verfahrens zur Geltendmachung des Anspruchs selbst. Auch hier greifen augenscheinlich Gesichtspunkte herein, die mit der Behandlung des Entschädigungsanspruchs als Rechtsanspruch nicht in Einklang zu bringen sind. Wir begegnen hier einer Mischung der Grundsätze, die bei strenger Anlage des Verfahrens zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs im Sinne des § 1 eigentlich ausgeschlossen war. Gerade in diesem Punkte gingen in der letzten Phase der parlamentarischen Verhandlungen die Beschlüsse des Herrenhauses und des Abgeordnetenhauses auseinander. Während nämlich das Abgeordnetenhaus bestrebt war, den materiellrechtlichen Grundsatz des § 1 in den processualen Vorschriften den adäquaten processualen Rechtsgedanken zur Seite zu stellen und demgemäß ein Verfahren construirt hatte,[12]) das wenigstens in den leitenden Gedanken zutreffend war, hielt

[11]) Vgl. den Bericht des Herrenhauses Nr. 94 der Beilagen zu den stenographischen Protoc. XI Session S. 2 sub c.)

[12]) Aus dem Beschlusse des Abgeordnetenhauses möge Folgendes hier hervorgehoben werden: Es sollte der Anspruch auf Entschädigung (schriftlich oder

Digitized by Google

das Herrenhaus an jenen Maximen fest, die nunmehr im Gesetze niedergelegt sind. Im Interesse des endlichen Zustandekommens des Gesetzes hatte sich das Abgeordnetenhaus für die Beschlüsse des Herrenhauses entschieden.[13])

Nach den dem Deutschen Reichstage vorliegenden Entwürfen gestaltet sich das Verfahren folgendermaßen: Der Klage auf Ersatz des

---

mündlich zu Protocoll) bei dem Gerichte, welches über die Wiederaufnahme in erster Instanz erkannt hat, erhoben werden (§ 4). Das Gericht hat den Staatsanwalt hiervon in Kenntniß zu setzen und ein Informativverfahren zum Zwecke der Feststellung der maßgebenden Thatsachen einzuleiten. Kläger und Staatsanwalt haben das Recht der Acteneinsicht, sowie das Recht, Ergänzung der Erhebungen, die Vorladung von Zeugen und Sachverständigen und mit den Lebensverhältnissen des Klägers vertrauter Personen zur eventuellen öffentlichen Verhandlung zu beantragen; über diesen Antrag ist Beschluß zu fassen. Gegen Beschlüsse und Verfügungen im Vorverfahren ist kein Rechtsmittel zulässig (§ 5). Wurde der Kläger nicht inzwischen klaglos gestellt, so ordnet der Gerichtshof erster Instanz (wenn dessen Competenz feststeht) den Termin zur mündlichen Verhandlung an. Die Verhandlung ist in der Regel öffentlich (Ausnahmen § 7 [2]). Bei dem Verfahren vor dem Bezirksgericht haben die Bestimmungen der §§ 6—9 sinngemäße Anwendung zu finden. — Gegen die Entscheidung steht dem Kläger und dem Staatsanwalt der Recurs an das Oberlandesgericht offen (§ 11). Der Gegentheil kann eine Gegenäußerung einbringen. Das Oberlandesgericht entscheidet in nicht öffentlicher Sitzung auf Grund der Acten.

[13]) Das Gesetz hat nun folgendes Verfahren eingeführt:

Der Anspruch ist (schriftlich oder mündlich) bei dem Gerichte, welches das aufgehobene Urtheil in erster Instanz gefällt hat, zu erheben (§ 4). Das Gericht hat von Amtswegen die erforderlichen Erhebungen zu pflegen und die zur Herstellung der Thatsachen, welche den Anspruch begründen, nöthigen Beweise aufzunehmen. Hierbei sind alle Umstände für und gegen den Anspruch mit gleicher Sorgfalt zu erheben. Zeugen und Sachverständige können zur Aussage verhalten und erforderlichenfalls in Eid genommen werden (§ 5). Sind die Erhebungen geschlossen, so ist dem Anspruchsteller bekannt zu geben, daß es ihm freisteht, eine Aeußerung zur Begründung seines Anspruchs (§§ 1, 2) schriftlich oder mündlich zu geben, wozu ihm eine unerstreckbare Frist von vierzehn Tagen zu gewähren ist. — Dem Anspruchsteller ist die Einsicht der Akten zu gestatten (§ 6). Die geschlossenen Akten sind nebst einem Gutachten des Gerichts dem Justizminister vorzulegen, welcher Ergänzungen den Erhebungen anordnen kann. — Der Justizminister erkennt über den erhobenen Anspruch und stellt den Entschädigungsbetrag fest (§ 7). Dem Anspruchsteller steht eine Frist von sechzig Tagen von der Zustellung des Erkenntnisses des Justizministers zur Erhebung seines Anspruchs vor dem Reichsgerichte auf Grund des Artikels 3, lit. a des Staatsgrundgesetzes vom 21. December 1867 Nr. 143 R.G.Bl. über die Einsetzung des Reichsgerichts offen. — Die Frist ist unerstreckbar, und findet eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Frist nicht statt. (Anders § 16 des Beschlusses des Abgeordnetenhauses, wo bezüglich der Frist zur Einlegung des Rekurses an das Oberlandesgericht die i. i. restitutio zugelassen war). — Das Gesuch bedarf nicht der Unterschrift eines Advokaten (§ 8).

Digitized by Google

Schadens muß die Entscheidung der betheiligten[14]) obersten Justizverwaltungsbehörde vorhergehen. Zu dem Zwecke hat der Berechtigte binnen einer Frist von sechs Monaten seit dem Tage der Rechtskraft des freisprechenden Urtheils bei der Staatsanwaltschaft des Gerichts, bei welchem das freisprechende Erkenntniß ergangen ist, die Gewährung des Schadenersatzes in Antrag zu bringen. Der Antrag muß von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden; er soll den Betrag der Entschädigungssumme und die den Anspruch begründenden Thatsachen und Beweise angeben. Gegen die Entscheidung des Chefs der Justizverwaltung findet binnen einer Frist von sechs Monaten seit Zustellung der Entscheidung der Rechtsweg statt.[15]) Für die Verhandlung und Entscheidung über den Anspruch ist die Civilkammer des Landgerichts, von welchem oder in dessen Bezirk das aufgehobene Strafurtheil gesprochen war, ausschließlich zuständig.

Die Discussion beschäftigte sich mit der materiellrechtlichen Seite der Frage; die formelle Seite wurde nur von dem Abg. Prof. von Bar berührt, der den Einfluß der Anerkennung eines förmlichen Entschädigungsanspruchs auf die Form der Geltendmachung desselben betonte.

IV.

Es liegt in der Natur processualer Fragen, die sich im Bereich der Gestaltung des Verfahrens bewegen, daß ihre Beantwortung auf das Engste mit der richtigen Erkenntniß der Natur betreffender materiellrechtlicher Rechtsverhältnisse zusammenhängt, für deren Bewährung das Verfahren bestimmt ist. Es liegt dies in der secundären Bedeutung alles Proceßrechts: der Proceß ist das Mittel der Bewährung des materiellen Rechts; er muß der Natur des zu bewährenden Anspruchs entsprechen und außerdem gewisse Forderungen processualer Zweckmäßigkeit erfüllen. In letzterer Beziehung mag nur kurz bemerkt werden, daß in der uns hier beschäftigenden Materie die Forderungen der Kürze und Raschheit des Verfahrens durch das eigenartige Interesse des unschuldig Verurtheilten in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle in den

---

[14]) Art. III § 3 des Antrags Rintelen und § 4 des Antrags Träger bezeichnen als zum Schadenersatz verpflichtet die Staatskasse des Bundesstaats, dessen Gericht das aufgehobene Urtheil gesprochen hatte, und, wenn das Reichsgericht in erster und letzter Instanz erkannt hatte, die Reichskasse. (Die Staats- beziehungsweise Reichskasse hat den Rückgriff an den Schuldigen).

[15]) Für die Fristen sind in den Entwürfen die Bestimmungen der Reichs-Civilproceßordnung über Nothfristen für maßgebend erklärt.

Digitized by Google

Vordergrund gerückt sind. Was aber die streng juristischen Anforderungen an die Gestaltung des hier in Frage stehenden Verfahrens betrifft, so dürfte wohl kaum bezweifelt werden können, daß die isolirte Beantwortung der These Schwierigkeiten begegnet, wenn bezüglich der materiellrechtlichen Seite der Frage keine bestimmte Grundlage geboten ist. Ich nehme allerdings an, daß die These nur von der Voraussetzung der legislativen Anerkennung eines *Rechts* auf Entschädigung ausgeht. Dabei setze ich zugleich voraus, daß innerhalb der Freisprechung ein für die Zulassung des Entschädigungsanspruchs maßgebender Unterschied (der positiven Unschuldigerklärung und eines bloßen non liquet) *keine* Anerkennung findet. Ferner setze ich voraus, daß der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn der Verurtheilte die ungerechtfertigte Verurtheilung irgendwie schuldhaft herbeigeführt hat. Indessen, die materiellrechtliche Auffassung dieses Rechts, des Umfangs desselben, der Voraussetzungen seiner Entstehung u. s. w. ist, soweit die bisherige Diskussion uns belehrt hat, durchaus nicht in bestimmte Bahnen gedrängt, so daß auch schon der Weg der proceßrechtlichen Erwägungen sofort bestimmt vorgezeichnet wäre. Es läge allerdings nahe, die Beschlüsse des XVI. Deutschen Juristentags, der mit der materiellrechtlichen Frage befaßt war, zu Grunde zu legen; allein zwingende Gründe ergaben sich aus dem Wortlaut der heute vorliegenden These für eine *ausschließliche* Inbetrachtnahme jener Beschlüsse nicht. Noch weniger dürfte der materiellrechtliche Inhalt der Anträge *Rintelen-Träger*, wie er in der ersten Lesung sich kundgiebt, ausschließlich zu Grunde zu legen sein.

Ich fasse sohin unsere These dahin auf, daß hier nur auf jene proceßrechtlichen Erwägungen eingegangen werden möge, die mit der legislativen Anerkennung eines Rechts auf Entschädigung im Allgemeinen gegeben sind. Es dürfte dies der Uebung des Juristentags entsprechen, legislative Fragen nur nach deren principiell maßgebenden Seite in Erwägung zu ziehen und in dieser Richtung seine Rechtsüberzeugung zum Ausdruck zu bringen. Die sub I und II voraufgeschickten Ausführungen über die materiellrechtliche Seite der Frage schienen nur nöthig zur Markirung der heute augenscheinlich vorherrschenden Meinung, die um deswillen bei der Entscheidung der proceßrechtlichen Seite der Frage zu Grunde zu legen ist.

V.

Hiernach ist davon auszugehen, daß es sich um die Geltendmachung eines *Rechts* auf Entschädigung handelt. Die Sache ist also zweifellos eine *Rechtssache* (*Justizsache* im Gegensatze zu *Verwaltungssachen*) und schon um deswillen zufolge des unsere heutige Rechtsordnung be-

Digitized by Google

herrschenden Grundsatzes der Trennung der Justiz von der Verwaltung der Entscheidung der Gerichte zuzuweisen. Es mag ja nahe liegen gerade aus Rücksicht auf das rasch zu befriedigende Interesse des unschuldig Verurtheilten praktische Erwägungen in den Vordergrund zu stellen und eine principielle Bedachtnahme auf die aus der juristischen Natur des Entschädigungsanspruchs für die Geltendmachung desselben sich ergebenden Folgerungen nicht für nothwendig zu betrachten, bezw. ihr doch nur eventuell eine Bedeutung einzuräumen. Diesen Standpunkt nehmen augenscheinlich das österreichische Gesetz[16]) und die Anträge Rintelen-Träger ein, denn dort wie hier ist in erster Reihe der Chef der Justizverwaltung zur Entscheidung über den Entschädigungsanspruch berufen; dort wie hier ist eventuell gegen diese Entscheidung der Rechtsweg offen gelassen — nur mit dem Unterschied, daß nach dem österr. Gesetze das Reichsgericht — eine jurisdiktionelle Institution des öffentlichen Rechts — nach den Anträgen Rintelen-Träger die ordentlichen Gerichte (die Civilkammer des Landgerichts) zur definitiven Entscheidung berufen sind. Weder dort noch hier ist die Sache ausschließlich als Rechtssache behandelt und die sich von selbst ergebende Consequenz der ausschließlichen Zuweisung an die Gerichte festgehalten. Indessen — es entsteht die Frage, ob bei aller Rücksicht auf jene praktischen Erwägungen im Interesse des Entschädigungsberechtigten die principiellen Consequenzen der juristischen Natur des Ersatzanspruchs auf processualem Gebiete nicht doch in vollem Maße gewahrt werden können.[17]) Daß jenes Interesse und die principiellen Consequenzen der Natur des Entschädigungsanspruchs innerhalb der processualen Geltendmachung des letzteren in Einklang zu bringen sind, unterliegt wohl keinem Zweifel, wird doch heute an alle Justizpflege die Forderung raschen Eingreifens und rascher Erledigung gestellt. Oder sollte vielleicht eine eigen-

---

[16]) In dem Berichte des österr. Herrenhauses wird allerdings anders argumentirt. Es wird aus der publicistischen Natur des Ersatzanspruchs auf die Consequenz der Justizverwaltung zur Entscheidung über den Anspruch geschlossen (vgl. Nr. 94 der Beil. zu d. sten. Prot. XI. Session). Gegen diese Argumentation hat sich im Abgeordnetenhause der Abg. Graf Pininski mit Recht ausgesprochen. Vgl. sten. Prot. XI. Session S. 5270[1].

[17]) Die Beschlüsse des österr. Abgeordnetenhauses waren offenbar auf die consequente Behandlung des Entschädigungsanspruchs als Rechtssache auch in processualer Bezeichnung gerichtet. Diesen Standpunkt vertrat insbesondere der Abg. Jaques, der sich in den verschiedenen Phasen der Verhandlungen um die Anerkennung dieses Standpunkts, wie überhaupt um das Zustandekommen des Gesetzes verdient gemacht hat; noch in letzter Stunde trat er für diesen Standpunkt in der „Neuen freien Presse" 1892 Nr. 9848 (Abendblatt) ein.

Digitized by Google

artige Auffassung der juristischen Natur des Entschädigungsanspruchs[18]) dazu drängen, die Sache als Verwaltungssache aufzufassen, bezüglich der im System unserer heutigen öffentlichen Rechtsordnung eine Judicatur nur eventuell in Anspruch genommen werden kann? Nun mag ja die juristische Natur des Entschädigungsanspruchs nicht prima facie erkennbar sein, denn offenbar liegt hier ein aus publicistischen und privatrechtlichen Elementen gemischtes Rechtsverhältniß vor.[19]) Indessen, so wenig das privatrechtliche Element in dem pecuniären Inhalt des Anspruchs verkannt werden darf, so ist doch gerade dieses Element, wenngleich practisch für den Betheiligten das wichtigste, doch keineswegs in juristisch-dogmatischer Beziehung das prävalirende. Daneben darf m. E. nicht außer Acht gelassen werden, daß das pecuniäre Element doch nur der in der Form Rechtens verfolgbare Theil eines umfangreicheren Anspruchs ist, der aber wegen seiner Eigenart in seinem vollen Umfange im Wege Rechtens unmittelbare Befriedigung nicht finden kann. Die Discussion der Entschädigungsfrage hat doch ergeben, daß in der Reihe der Nachtheile, welche der Staat dem unschuldig Verurtheilten durch den Proceß und die Vollstreckung des Urtheils zufügt, der ökonomische Nachtheil nicht der einzige ist; ja die Bedeutung gerade dieses Nachtheils kann im einzelnen Fall gegenüber den sittlichen Eigenschaften des Verurtheilten und gegenüber seiner sonstigen ökonomischen Lage vollkommen in den Hintergrund treten. Die Gesetzgebung beschränkt sich aber aus bekannten Gründen auf die Aufhebung jener Nachtheile, die in einem Geldäquivalent ziffermäßig festgestellt werden können. — Daß das privatrechtliche Element nicht das prävalirende und darum für die dogmatische Construction des Entschädigungsanspruchs nicht maßgebend ist, zeigt ein Blick auf den Thatbestand, an welchen die Gesetzgebung den Entschädigungsanspruch knüpft. Dieser Thatbestand ist aber publicistischer Natur im strengsten Sinne des Wortes. Aus der processualen Erledigung einer Straffache (also einer causa publica) entsteht für den passiv Betheiligten ein von ihm nicht verschuldeter Nachtheil; an diesen Thatbestand knüpft das Gesetz für den passiv Betheiligten gegen den Staat den Entschädi-

---

[18]) Siehe die oben S. 540 Anm. [16]) angeführte Auffassung in dem Berichte des österr. Herrenhauses.

[19]) So mag es sich z. B. erklären, daß das dänische Gesetz vom 5. April 1888 in § 3[2] das privatrechtliche Element betonend die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs wegen erlittener Untersuchungshaft auf den „besonderen Civilproceß gegen den Staat" verweist — Den gemischten Charakter des Entschädigungsanspruchs hat in den Verhandlungen des österr. Abgeordnetenhauses insbesondere Jacques wiederholt hervorgehoben.

Digitized by Google

gungsanspruch. Der rechtsbegründende Thatbestand tritt also aus dem Zusammenhang mit der Strafsache, deren ursprüngliche rechtliche Erledigung die schadenbegründende Thatsache bildet, nicht heraus; wir können uns daher recht wohl denken, daß wie sich nach geltendem Recht an die schadenbegründende Thatsache der ungerechtfertigten Verurtheilung die Wiederaufnahme des Verfahrens als Function eines specifisch strafprocessualen Instituts anschließt, nunmehr in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Ergebniß des wiederaufgenommenen Verfahrens (nämlich der Freisprechung) der processuale Vorgang über die Zuerkennung der Entschädigung einzugreifen hat. Das successive Causalverhältniß zwischen der ungerechtfertigten Verurtheilung, der Freisprechung im wiederaufgenommenen Verfahren und des Verfahrens über den Entschädigungsanspruch läßt diesen in drei Phasen sich entwickelnden Vorgang im Hinblick auf das einheitliche Interesse des Staats, dem passiv Betheiligten zu seinem vollen Rechte zu verhelfen, selbst als einen einheitlichen erkennen. So scheint es mir, daß in dem Augenblicke, da die Gesetzgebung eine Entschädigungspflicht des Staates wegen ungerechtfertigter Verurtheilung anerkennt, sich implicite auch in den strafprocessualen Einrichtungen des Staats eine Veränderung insofern vollzieht, als zu der die Fehler staatlicher Strafjustiz corrigirenden strafprocessualen Institution der Wiederaufnahme des Strafverfahrens ergänzend (und in engstem Zusammenhang mit der Wiederaufnahme) das Verfahren über die Zuerkennung der Entschädigung hinzutritt. Dieser organische Zusammenhang der letztgedachten Correctur der Fehler staatlicher Strafrechtspflege läßt m. E. dieses Verfahren selbst wesentlich als eine strafprocessuale Institution erscheinen.

Aus dem Gesagten dürfte sich in negativer Beziehung ergeben, daß der Civilproceß nicht die nothwendige Form der Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs ist. Das privatrechtliche Element beansprucht hier nur insofern Beachtung, als die Entschädigung dem passiv Betheiligten nicht aufgedrängt werden kann, also auch aus diesem Grunde die Zuerkennung der Entschädigung von dem Antrage des unschuldig Verurtheilten abhängig bleibt. In positiver Beziehung dürfte sich aber aus obigen Ausführungen ergeben, daß das prävalirende publicistische Element in Verbindung mit dem nachgewiesenen Causalverhältniß zwischen der Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs und sämmtlichen vorausgegangenen processualen Vorgängen innerhalb einer und derselben Strafsache mit Nothwendigkeit auf die Competenz des Strafrichters hinweist. Ich verkenne allerdings nicht, daß in dem ersten Verfahren und in dem Wiederaufnahmeverfahren Identität der causa,

Digitized by Google

nämlich die Frage der Verschuldung derselben Person vorliegt, während in dem auf Grund der Freisprechung nunmehr eingeleiteten Verfahren ein Anspruch des Freigesprochenen gegen den Staat den Gegenstand des Verfahrens bildet, sohin ein vollständiger Wechsel in den Parteirollen der bisher Betheiligten sich vollzieht. Indessen, eine eigenartige Connexität des Gegenstandes der voraufgehenden Proceduren mit dem aus dem formellen Ergebnisse der letzteren sich entwickelnden Entschädigungsanspruch wird doch kaum in Abrede gestellt werden können, so daß auch in den successive sich entwickelnden drei Proceßrechtsverhältnissen ein Zusammenhang erkennbar ist, dem eine Bedeutung für die Frage der Gestaltung des Verfahrens über die Entschädigungsfrage vindicirt werden muß.

Ist nach dem Gesagten der Strafrichter zur Entscheidung über den Entschädigungsanspruch berufen, so entsteht die weitere Frage, ob der in der Hauptsache erkennende Richter mit der nun zu erledigenden Sache zu befassen oder die Sache einem anderen Richter zu überweisen sei. Nach der hier vertretenen Anschauung scheint das Gericht, welches den Angeklagten nunmehr freigesprochen hat auch zur Entscheidung über die Entschädigungsfrage berufen zu sein. Die Kenntniß der Person des Freigesprochenen und seiner Verhältnisse dürfte in ihrem Werth für die Entschädigungsfrage nicht zu unterschätzen sein.

Für die Gestaltung des Verfahrens ist an der Forderung einer contradictorischen Verhandlung unbedingt festzuhalten. Bei einer gesetzlichen Regelung der Materie sind eben gerade jene Fälle in Betracht zu ziehen, in denen nach Lage der Umstände, bezüglich des Maßes der zu gewährenden Entschädigung oder in Folge des ablehnenden Verhaltens der Justizverwaltung gegenüber dem Antrag auf Zuerkennung der Entschädigung (wegen angeblich verschuldeter Herbeiführung der Verurtheilung durch den Entschädigungskläger)[19]) That- und Rechtsfragen auftauchen, bezüglich welcher den Betheiligten auf Grund der gepflogenen Erhebungen volle Freiheit der Geltendmachung der von ihnen vertretenen Interessen gesichert sein muß. Es ist ja anzunehmen, daß dem Antrage des Freigesprochenen in den meisten Fällen seitens der Justizverwaltung auf Grund eines ohne Schwierigkeiten durchgeführten Vorverfahrens oder in einfach gelagerten Fällen auch ohne eine solche Vorbereitung der Sache alsbald Folge gegeben wird; allein für jene Fälle, in denen die Erledigung der Sache in thatsächlicher oder rechtlicher Beziehung Schwierig-

[19]) In den Beschlüssen des XVI. Juristentags (Verhandlungen Bd. II S. 275, 354), in dem österr. Gesetze § 1[2] und in den Anträgen Rintelen-Träger ist der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen, wenn der Angeklagte die Verurtheilung verschuldet hat.

Digitized by Google

keit verursacht, müssen processuale Formen zur Verfügung stehen, um die Bewährung des behaupteten Anspruchs zu sichern. Dies scheint aber nur möglich zu sein im Wege der Anwendung jener processualen Formen, die heute auch auf anderen Gebieten der Bewährung eines behaupteten Rechts zu dienen bestimmt sind. Es liegt daher nahe, die für das Strafverfahren im Ganzen gegebenen Bestimmungen auch in dem Entschädigungsverfahren entsprechend in Anwendung zu bringen.

Als das Strafgericht, dem nach der hier vertretenen Ansicht die Sache zuzuweisen wäre, sind nur die staatsrichterlichen Elemente der betreffenden Gerichtsbehörden, die in erster Instanz mit der Sache befaßt waren, gemeint. Es kämen also nur der Amtsrichter und die Strafkammern der Landgerichte und in Reichsgerichtssachen der zweite und dritte Strafsenat des Reichsgerichts in Betracht. Gegenüber der in den Verhandlungen des österr. Abgeordnetenhauses ausgesprochenen Befürchtung, es könnten die an der Verurtheilung betheiligten Richter nunmehr gegenüber der Entschädigungsfrage befangen erscheinen, glaube ich in gleicher Weise auch bezüglich der Entschädigungsfrage auf das pflichtmäßige Verhalten, wie es im Wiederaufnahmeverfahren vorausgesetzt wird, verweisen zu können.

Auf diese allgemeinen Ausführungen dürfte dieses Gutachten zu beschränken sein, denn so verlockend es wäre, in die Details einzugehen, so scheint dies doch mit Rücksicht auf die Fragestellung und den Mangel eines feststehenden Substrats bezüglich der materiellrechtlichen Seite der Frage kaum recht möglich zu sein. Auch glaube ich, daß jeder Versuch, den Details näher zu treten, nothwendig in der Formulirung eines Gesetzentwurfs gipfeln müßte, — eine Aufgabe, die nicht gestellt ist. Der obigen These gegenüber kommt es nur darauf an, festzustellen, welche principiellen Consequenzen sich in processualer Beziehung aus der eventuellen Anerkennung eines Rechts auf Entschädigung im Falle ungerechtfertigter Verurtheilung ergeben.

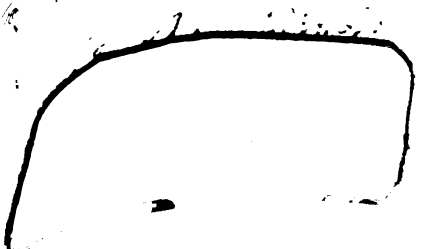
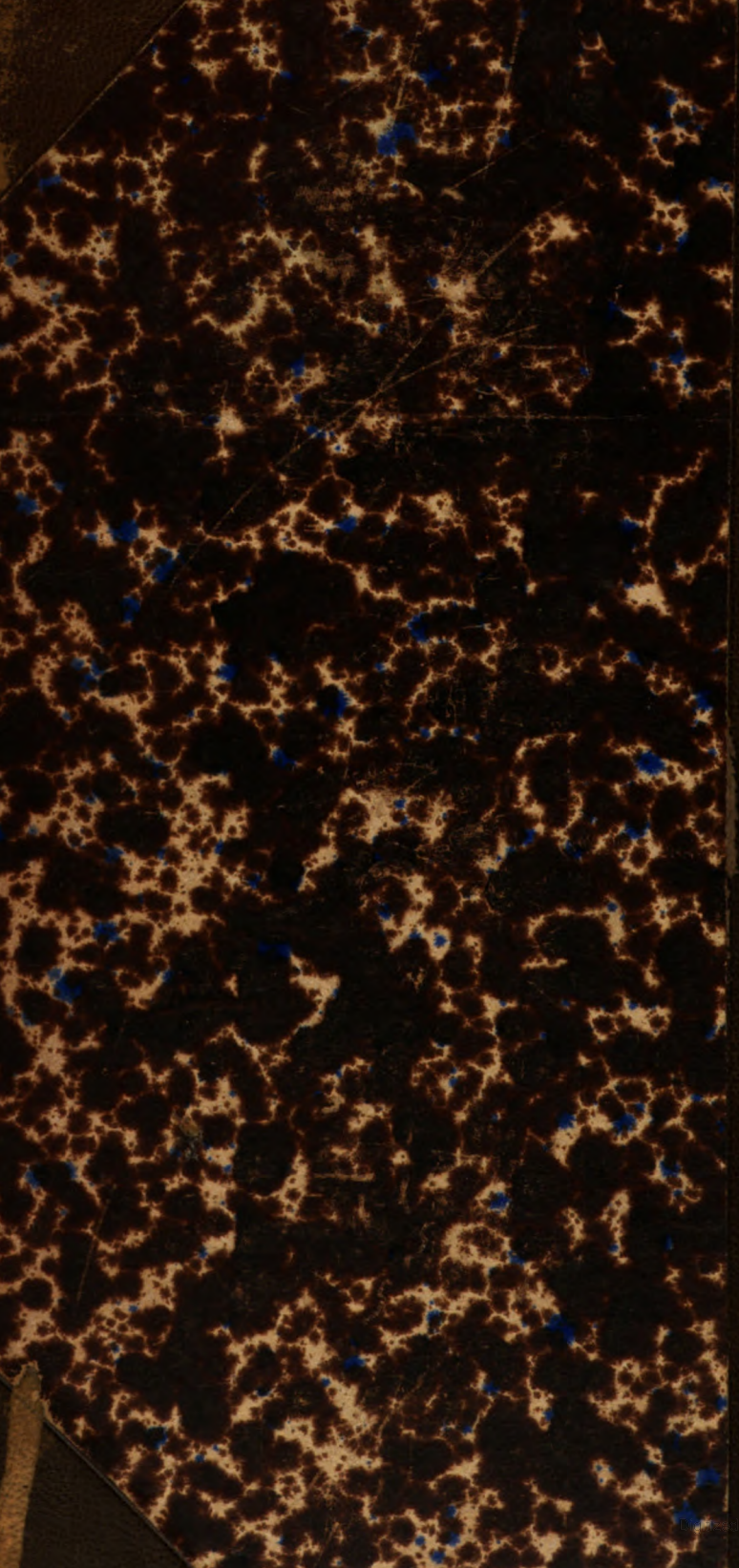
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google